سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (١)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قدري باشا

(المتوفى سنة ١٣٠٦هـ)

وشرحه لمحمد زيد الابياني

مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د. محمد أحمد سراج

أستاذ الدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية

أ. د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

المجلد الثاني

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com




الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الثالث : في فُرَق النكاح




الباب الأول
في الطلاق

١١٨٧ - لما كانت الفرقة بين الزوجين لا تحصل إلا بعد الزواج أخرها عنه ، والفرق كثيرة منها : الفرقة بالطلاق ، ومنها الفرقة بالخلع أو بالعنة أو بالردة ، ولذلك جمعها وبدأ بالطلاق فقال : الباب الأول في الطلاق .

١١٨٨ - لما كان الطلاق يشتمل على عدة مباحث كتعريفه وسببه ومن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحله وعدده وأقسامه وتنجيزه وتعليقه وتفويضه للزوجة أتى بفصول تحت هذه الترجمة ولكن لم يبين معنى الطلاق في اللغة ولا في اصطلاح الفقهاء مع أنه لابد من معرفة معناه حتى يتميز عن غيره ولم يبين السبب أيضا مع أنه لابد من معرفته .

١١٨٩ - فالطلاق معناه في اللغة رفع القيد مطلقا أي سواء كان حسيًّا أو معنويًّا فكما يقال في اللغة : طلقت المرأة أي رفعت قيد الزواج المعنوي عنها يقال أيضًا : طلقت البعير من عقاله أي رفعت القيد الحسي عنه وكما يقال أطلقت الأسير من قيده يقال : أطلقت المرأة أي رفعت عنها قيد الزواج المعنوي ، ولكن العرف خصص استعمال هذه المادة في رفع القيد المعنوي وهو الزواج بالتفعيل وفي رفع القيد الحسي بالأفعال فيقال عرفا : طلق فلان امرأته ولا يقال أطلقها وأطلق فلان الدابة ، ولا يقال طلقها فيكون الأول صريحًا في الطلاق أي لا يحتاج إلى النية بخلاف الثاني ، فإنه كناية يحتاج إليها ولذا لو قال لزوجته : أطلقتك أو أنت مطلقة بسكون الطاء وتخفيف اللام فلا يقع الطلاق إلا إذا نواه بخلاف ما إذا قال لها طلقتك أو أنت مطلقة بفتح الطاء وتشديد اللام فإن الطلاق يقع ولو لم ينوه .

١١٩٠ - ومعنى الطلاق شرعًا أي في عرف الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال في المآل بلفظ مخصوص فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان الطلاق بائنا فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلابد من أن يعقد عليها عقدًا جديدًا ويجعل لها مهرًا جديدًا ، ولابد من رضاها بذلك ؛ لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن وهذا إن كان بائنًا بينونة صغرى فلو كبرى فلا بد من تزوجها بغيره كما عرفته غير مرة .

١١٩١ - ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيا فمن طلق زوجته طلاقا رجعيًّا فلا يرتفع الزواج في الحال بل بعد انقضاء العدة ؛ ولذا يجوز للزوج أن يراجعها ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض فإن

انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم فإذا أراد إرجاعها فلابد من رضاها وعقد ومهر جديدين . واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحًا وكناية كما سيتضح مما يأتي .

سبب الطلاق

١١٩٢ - اعلم أنهم اختلفوا في إيقاع الطلاق هل هو مباح أو محظور فبعضهم يقول بالأول مستدلًا بقوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ (١) وقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) ولأنه صلى اللّٰه تعالى عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها (٣) وكذا الصحابة رضي اللّٰه تعالى عنهم فإن عمر رضي اللّٰه تعالى عنه طلق أم عاصم وابن عوف طلق تُمَاضر (٤) والمغيرة بن شعبة (٥) طلق أربع نسوة والحسن بن علي - رضي اللّٰه

---

(١) البقرة : ٢٣٦ .

(٢) الطلاق : ١ .

(٣) هي : حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنها وهي من بني عدي بن كعب ، وكانت حفصة من المهاجرات وكانت قبل رسول اللّٰه ﷺ تحت خنيس بن حذافة السهمي ، وكان ممن شهد بدرًا وتوفي بالمدينة ، فلما تأيمت ذكرها عمر لأبي بكر وعرضها عليه فلم يرد عليه أبو بكر كلمة ، فعرضها على عثمان حين ماتت رقية بنت رسول اللّٰه فقال عثمان : ما أريد أن أتزوج الآن ، فانطلق عمر إلى رسول اللّٰه فشكا إليه عثمان فقال رسول اللّٰه : « يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ويتزوج عثمان من هي خير من حفصة » ثم خطبها إلى عمر فتزوجها رسول اللّٰه ثم طلقها تطليقة ثم ارتجعها أمره جبريل بذلك ، وقال : إنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة توفيت حفصة حين بايع الحسين بن علي رضي الله عنهما سنة إحدى وأربعين . انظر : أسد الغابة (٦٥ : ٦٧) .

(٤) هي : تماضر بنت الأصبغ بن عمرو بن ثعلبة الكلبية ، وقيل هي تماضر بنت زبان بن الأصبغ . انظر ترجمتها في الإصابة (٥٦/٨) .

(٥) هو : المغيرة بن شعبة ابن أبي عامر بن مسعود بن معتب . الأمير أبو عيسى ، ويقال : أبو عبد اللّٰه ، وقيل : أبو محمد . من كبار الصحابة أولي الشجاعة والمكيدة . شهد بيعة الرضوان . كان رجلًا طوالًا مهيبًا ، ذهبت عينه يوم اليرموك ، وقيل : يوم القادسية ، المغيرة بن شعبة تكنى بأبي عيسى ، فقال له عمر : أما يكفيك أن تكنى بأبي عبداللّٰه ، فقال : إن رسول اللّٰه ﷺ كناني ، فقال : إن رسول اللّٰه ﷺ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وإنا في جلجتنا . فلم يزل يكنى بأبي عبد اللّٰه حتى هلك . عن زياد بن علاقة ، سمعت جريرًا يقول حين مات المغيرة بن شعبة : أوصيكم بتقوى اللّٰه ، وأن تسمعوا وتطيعوا حتى يأتيكم أمير ، استغفروا للمغيرة غفر اللّٰه له ، فإنه كان يحب العافية .

سير أعلام النبلاء - الذهبي (ج ٣ ص ٢١ : ٣١) .

تعالى عنهما - [١] استكثر من النكاح والطلاق .

١١٩٣ - وبعضهم يقول بالثاني وهو أن الأصل فيه المنع ولا يباح إلا لحاجة ككبر وريبة فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث إن فيه إزالة ملك الزواج عندما تكون هناك داعية إليه وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية ، وهذا القول هو الصحيح ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [٢] ففي الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودة والرحمة التي بها مصالح الدين والدنيا ولا تنافي بين الحظر والمشروعية من جهتين كالصلاة في الأرض المغصوبة لكن جهة الحظر تندفع بالحاجة ككبر أو ريبة أو دمامة خلق أو تنافر طباع بينهما أو إرادة تأديب أو عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك ، فبالحاجة تتمحض جهة المشروعية وتزول جهة الحظر وبدونها تبقى الجهة الثانية لما فيه من كفران النعمة وإيذاء أهلها وأولاده منها بلا حاجة ولا سبب .

١١٩٤ - ولذا قال تعالى : ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [٣] أي فلا تطلبوا الفراق . ويكفيك في التشنيع على الطلاق قوله ﷺ : « **أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق** » وإنما كان حلالًا باعتبار إباحته في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة إليه ولا يمكن إثبات الإباحة مطلقا لمنافاته إثبات جهة الحظر إذ لا شك في أنه بلا سبب أصلًا لا ينبغي الإقدام عليه وينسب فاعله للحمق ؛ لما فيه من كفران النعمة والإيذاء المنهي عنه ولا يمكن أن يحمل طلاق النبي ﷺ وأصحابه - رضي الله تعالى عنهم - على أن يكون صادرًا بلا سبب أصلًا بأن يكون لغوًا وعبثًا ، بل لا بد من سبب

(١) هو : الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، الإمام السيد ، ريحانة رسول الله ﷺ وسبطه ، وسيد شباب أهل الجنة ، كان مولده ﷺ سنة ثلاث من الهجرة ، حدث عن: جده ﷺ ، وعن أبيه ، أمه ، وأخيه ، ﷺ ، وحدث عنه: ابنه الحسن ، وسويد بن غفلة ، وأصبغ بن نباتة ، وغيرهم . قال عنه أنس بن مالك : كان أشبه الناس برسول الله ﷺ ، وقال عنه أسامة : كان النبي ﷺ يأخذني والحسن ويقول : اللهم إني أحبهما فأحبهما ، كان ﷺ كريمًا ، ورعًا دعاه ورعه وفضله إلى أن ترك الملك والدنيا رغبة فيما عند الله تعالى ، وكان يقول: ما أحببت أن أَلِيَ أمر أمة محمد ﷺ ، على أن يهراق في ذلك محجمة دم ، وكان من المبادرين إلى نصرة عثمان ، وولي الخلافة بعد قتل أبيه علي ، ثم ترك الخلافة لمعاوية درءًا للفتنة بين المسلمين ، توفي ﷺ سنة تسع وأربعين من الهجرة على أحد الأقوال . انظر : أسد الغابة (١٠/٢) ، الإصابة (١١/٢) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٧/٤) .

(٢) الروم : ٢١ .

(٣) النساء : ٣٤ .

معتبر شرعًا كالأعذار المذكورة ونحوها .

١١٩٥ - ومن تأمل في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [١] ظهر له جليًا أن الغرض التباعد عن الفراق بقدر الاستطاعة فالذي ينبغي التعويل عليه أن الشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين - إذا عرفت هذا تعلم أن ما يحصل من إيقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الإسلامية أو هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه متبع للشريعة ولا يدري ما فيها أو يعلمه ولكن لا يعمل به والشريعة بريئة من التقصير والقصور ومن اطلع على ما قاله العلامة ابن عابدين في حاشيتيه على البحر الرائق والدر المختار أول كتاب الطلاق ظهر له جليًا صحة ما قلناه .

١١٩٦ - فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره إذ لو فرض أنه لم يشرع وأن من تزوج امرأة لا يباح له تطليقها أصلًا وحصل من أحدهما ما ينفر الآخر وليس هناك طريقة للفرقة إلا الموت لربما يرتكب أسبابه ليتخلص من صاحبه .

١١٩٧ - ومنها شرعه ثلاثًا لأن النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثًا ليجرب نفسه أولًا وثانيًا .

١١٩٨ - ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لأنهن يجزعن غالبًا فيتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه كثيرًا بخلاف الرجال [٢] .

---

(١) النساء : ٣٥ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : مادة (٢١) : لايعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار ، إلا بالإشهاد والتوثيق ، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما .

فان أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فورًا ، أو قررا معًا أن الطلاق قد وقع ، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه .

وتطبق جميع الأحكام السابقة فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج .

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك ، ولايعتد فى إثبات الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضرًا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل العاشر : أحكام عامة في الطلاق أهلية الزوج للطلاق =

= المادة (٨٣) : يكون الزوج أهلًا للطلاق إذا كان مكلفًا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٠) تقع الفرقة بين الزوجين :

أ - بإرادة الزوج وتسمى طلاقًا .

ب - بإرادة الزوجين وتسمى مخالعة أو طلاقًا على مال .

ج - بحكم القضاء وتسمى تطليقًا أو فسخًا .

د - بوفاة أحد الزوجين .

الباب الأول الطلاق المادة (١١١) الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعًا .

الفصل الأول
فيمن يقع طلاقه ومن لا يقع
ومحل الطلاق وعدده

(مادة ٢١٧)

لِلزَّوْجِ دُونَ الْمَرْأَةِ أَنْ يَرْفَعَ قَيْدَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ بِالطَّلَاقِ . وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ بَالِغٍ عَاقِلٍ ، وَلَوْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِسَفَهٍ ، أَوْ مَرِيضًا غَيْرَ مختل الْعَقْلِ ، أَوْ مُكْرَهًا ، أَوْ هَازِلًا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٩٥/٢ ، ١٩٦) : « (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ، ولو مكرها وسكران وأخرس بإشارته حرًا أو عبدًا) لا طلاق الصبي والمجنون والنائم والسيد على امرأة عبده لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون » ؛ ولأنه صدر من أهله مضافًا إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بوقوعه ، وقوله يقع طلاق كل زوج لا ينتقض بالمبانة حيث لا يلحقها البائن ؛ لأن امتناعه لعارض لاستحالة تحصيل الحاصل حتى لو كان صريحًا لحقها ؛ ولأنه ليس بزوج من كل وجه ، والمراد هو الزوج مطلقا والمعتوه والمغمى عليه كالنائم والمجنون لعدم التمييز أو العقل ، والمعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ، وقيل في الفاصل بينهم أن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء ، وقيل : المجنون من يفعل ما يفعله لا عن قصد والعاقل قد يفعل ما يفعله المجانين أحيانًا لا عن قصد على ظن الصلاح ، والمعتوه من يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد . وقال الشافعي رحمه الله : طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، والمراد حكمه فيشمل حكم الدارين ؛ ولأنه يسلب الاختيار والتصرف الشرعي لا يعتبر بدون الاختيار فصار كالإكراه على الإقرار بالطلاق بخلاف الهازل ؛ لأنه مختار في التكلم به ، والحجة عليه ما روينا ولا نسلم عدم الاختيار ، بل له اختيار ؛ لأنه عرف الشرين فاختار أهونهما إلا أنه فات رضاه وذلك لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل ؛ ولأنه مخاطب أما في غير ما أكره عليه فظاهر ، وكذا فيما أكره عليه ؛ لأنه أبيح له الفعل تارة وفرض عليه أخرى وحرم عليه تارة والخطاب بدون الأهلية لا يتصور بخلاف الإكراه على الإقرار ؛ لأنه خبر محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه يرجح جانب الكذب ، والمراد بما رواه أحكام الآخرة ؛ لأن نفسه ليس بمراد لوجوده حقيقة . وحكمه نوعان : دنيوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ الواحد ؛ لأنهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالإجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا ، واستدل الطحاوي على أن طلاقه واقع بحديث حذيفة وابنه حين حلفهما المشركون فقال لهما رسول الله ﷺ : « نفي لهم بعهدهم ونستعين بالله عليهم » فقال الطحاوي : بين رسول الله ﷺ أن اليمين على الطواعية والإكراه سواء ، فكذا الطلاق والعتاق لعدم القائل بالفرق ، وقال عليه الصلاة =

= والسلام : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » ، رواه البخاري وجماعة ، وقال الترمذي : حديث حسن غريب أخرجه الحاكم في المستدرك ، وقال هذا صحيح الإسناد .
وقال في الغاية : العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ فدل على عدم اشتراط الرضا ، ثم جملة ما يصح من الأحكام مع الإكراه عشرة : العتاق والطلاق والنكاح والعفو عن القصاص والرجعة والإيلاء والفيء في الإيلاء والظهار واليمين والنذر ؛ لأن هذه تصرفات لا يفتقر وقوعها إلى الرضا بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ واختار الكرخي والطحاوي أن طلاق السكران لا يقع ؛ لأنه لا قصد له كالنائم ، وهذا لأن شرط صحة التصرف العقل ، وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات ، ولنا أنه مخاطب شرعًا لقوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾ فوجب نفوذ تصرفه ؛ ولأنه زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا له بخلاف ما إذا زال بالمباح حتى لو صدع رأسه وزال بالصداع لا يقع طلاقه وبخلاف ردته حيث لا تعتبر ؛ لأنه لا يدل على تبدل الاعتقاد في هذه الحالة ، والذي يوضحه أن عقله باق في حق حكم لا يثبت مع الشبهة كحد القذف والقصاص فأولى أن يجعل باقيا في حق حكم يثبت مع الشبهة واختلفوا فيما إذا شرب الخمر مكرها فسكر وطلق منهم من قال لا يقع ؛ لأن عقله زال بالمباح ومنهم من قال يقع لوجود التلذذ به ولا إكراه عنده ، ومثله إذا شربها للضرورة ، ولو سكر من الأنبذة المتخذة من الحبوب أو العسل لا يقع طلاقه عندهما ، وعند محمد يقع بناء على أنه حرام أم لا ، ولو زال عقله بالبنج لا يقع ، وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان يعلم حين يشرب أنه بنج يقع وإلا فلا ، وطلاق الأخرس بالإشارة إن كانت تعرف ؛ لأنه يحتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق ، ولو لم تجعل إشارته كعبارة الناطق لأدى إلى الحرج وهو مدفوع بالنص ، وعلى هذا جميع تصرفاته بالإشارة إن كانت تعرف كإعتاقه وبيعه وشرائه وغيرها لما ذكرنا ، وفي الينابيع هذا إذا ولد أخرس أو طرأ عليه ودام وإن لم يدم لا يقع طلاقه وإنما وقع طلاق العبد على امرأته دون طلاق مولاه لقول ابن عباس : جاء النبي ﷺ رجل فقال : يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي ﷺ المنبر فقال : « يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ، ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف . ورواه الدارقطني أيضا عن غيره ، وفي المنافع قال عليه الصلاة والسلام : « لا يملك العبد ولا المكاتب شيئًا إلا الطلاق » ؛ ولأن ملك النكاح من خصائص الآدمية والعبد دخل في ملك المولى من حيث المالية دون الآدمية ولهذا يملك الإقرار بالدم والحدود ولا يملكه المولى عليه فوقع طلاقه لكونه مالكًا لإطلاق مولاه على امرأته لاستحالة وقوعه بدون الملك » .
قول الشافعية : جاء في الغرر البهية (٤/٢٤٦ - ٢٥١) : « (صح الطلاق من) زوج ، ولو بنائبه (مكلف) مختار فلا يصح من غيره تنجيزا ولا تعليقا ، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية إلا السكران كما سيأتي (وفي هزل سوى النكاح) أي : وصح في حال الهزل غير النكاح (من) أي (تصرف) ، كان طلاق أو غيره ، كما يصح في حال الجد ، فلو قالت له في معرض الدلال أو الاستهزاء : طلقني فقال : طلقتك وقع ظاهرا أو باطنا للخبر الآتي ؛ ولأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار ، وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنه ، كما لا أثر له فيما لو طلق بشرط الخيار له ، بخلاف النكاح لا يصح في حال الهزل لاختصاصه بمزيد احتياط ، وهذا وجه جرى عليه الحاوي تبعا للغزالي .
والأصح خلافه كما ذكره الناظم بقوله (قلت : الأصح) كما في أصل الروضة (في النكاح العقد) له =

= صحيح (بالهزل ، إذ هزل النكاح جد) للنص عليه في خبر : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » رواه أبو داود ، وصحح الحاكم إسناده ، وحكم غير الثلاث حكمهما كما يفهم بالأولى ، وخصت بالذكر لتعلقها بالأبضاع المختصة بمزيد اعتناء (ولو يظنها) أي زوجته (سواها) لكونها في ظلمة أو من وراء حجاب أو نحوهما ، فإنه يصح طلاقه لها ؛ لأنه أوقع الطلاق في محله ؛ ولأن عدم العلم بالزوجية عند قصد الخطاب باللفظ الصالح للإيقاع لا يمنع الإيقاع ، وفي معنى الظن النسيان والجهل كأن قبل له أبوه في صغره أو وكيله في كبره نكاح امرأة ، وهو لا يدري فخاطبها بالطلاق ، وهذا في الظاهر ، أما نفوذه في الباطن ففيه وجهان بناهما المتولي على صحة الإبراء من المجهول ، وقضيته : ترجيح المنع وقضية كلام غيره النفوذ . (أو فسق) صفة لمعطوف على مكلف أي صح الطلاق من مكلف أو غير مكلف فسق (بالسكر) أو بغيره مما يزيل العقل ، كدواء مجنن بلا حاجة ، فيصح طلاقه كسائر تصرفاته لعصيانه بسبب زوال عقله فجعل وكأنه لم يزل ، وعدلت عن عطف ذلك على يظنها المقتضي لكون السكران مكلفا إلى ما ذكرته ليفيد أنه غير مكلف ، وهو ما نقله في الروضة عن أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، وانتفاء تكليفه لانتفاء الفهم الذي هو شرط التكليف ، فلا تصح منه الصلاة ونحوها ، ونفوذ طلاقه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب كما قاله الغزالي في المستصفى ، وأجاب عما استدل به الجويني وغيره على تكليف السكران من قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ ﴾ بأن المراد به من هو في أوائل السكر لبقاء عقله .

وخرج بقول الناظم من زيادته فسق من لم يفسق كأن أكره على شرب خمر أو جره ، فلا يصح طلاقه وفي حد السكران عبارات متقاربة ، فقال الشافعي : هو من اختل كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم ، وقيل : من يظهر ما يحتشمه وقيل : من يتمايل ماشيا ويهذي متكلما وقيل : غير ذلك قال في الروضة كأصلها : والأقرب ما نقل عن ابن سريج : أنه يرجع فيه إلى العرف . (لا حيث لسانه سبق) إلى لفظ الطلاق بأن لم يقصده ، لكن لا يقبل دعوى السبق ظاهرا إلا بقرينة كأن طهرت من حيضها فقال : أنت الآن طالقة ومراده طاهرة ، أو كان اسمها طالبا أو طارقا فقال : يا طالق وادعى أن الحرف التف فيصدق لظهور القرينة ، ولو قال لمن اسمها طالق : يا طالق وقصد الطلاق وقع أو النداء لم يقع ، وكذا إن أطلق على الأصح حملًا على النداء . (أو بالإكراه قرن) أي الطلاق فلا يصح من المكره ، وإن قدر على التورية لخبر « لا طلاق في إغلاق » أي إكراه ، رواه أبو داود والحاكم ، وصحح إسناده على شرط مسلم . وشرط الإكراه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم ، وعجز المكره عن دفعهم بهرب أو غيره ، وظنه أنه إن امتنع حققه ، وخرج بقوله من زيادته . (ظلما) الإكراه بحق ، كأن قال : ولي الدم لمن له عليه دم : طلق ، وإلا اقتصصت منك ، والإكراه يحصل بتخويف (بمحذور) من قتل أو قطع أو أخذ مال أو إتلافه أو ضرب أو حبس أو استخفاف ، وتختلف الثلاثة الأخيرة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم ، ولا يختلف به ما قبلها وقيل : يختلف به أخذ المال ، واختاره الروياني وحصول الإكراه بذلك هو ما حكي عن النص ، وصححه في المنهاج وأصله ، وقال في الشرح الصغير كالكبير : إنه الأرجح عند الأئمة ، وقيل : إنما يحصل بإكراهه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرا مما هدد به ، قال الرافعي : فعليه ينظر فيما طلب منه وما هدد به ، فقد يكون الشيء إكراهًا في مطلوب دون آخر وفي شخص دون آخر ، فإن أكره على طلاق حصل بتخويفه بقطع طرف =

= أو حبس طويل ، وبقتل ولد أو والد ، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ وتسويد الوجه والطوف به في السوق دون إتلاف المال على الأصح ، وإن أكره على قتل لم يحصل بتخويفه بالحبس ، وقتل الولد أو الوالد أو على إتلاف مال حصل بتخويفه بجميع ذلك .
وهذا الوجه صححه في الروضة وقال : لكن في بعض تفصيله نظر ، ولا يحصل الإكراه بتخويف بمحذور آجلا كقوله : طلق ، وإلا ضربتك غدا ، قال الدارمي ولا بقوله : طلقها ، وإلا زنيت بها ، ولو أكره الوكيل في الطلاق عليه ، قال الروياني : يحتمل وقوعه لاختيار المالك ويحتمل المنع ، وهو الأصح ؛ لأنه المباشر ، ولا أثر لقوله : طلق ، وإلا قتلت نفسي أو كفرت ، ولو وافق المكره ونوى الطلاق وقع لاختياره ، (ككل شي) من التصرفات القولية ، فإنه لا يصح مع الإكراه لخبر : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » نعم تقدم في شروط الصلاة أنه لو تكلم فيها مكرها بطلت ، أما الفعلية فيثبت أثرها معه كالرضاع والحدث والتحول عن القبلة وترك القيام للقادر في الصلاة الواجبة والقتل ، وقد لا يثبت أثرها معه كالفعل في باب اليمين . (لا السلم) بكسر السين أي : الإسلام (للمرتد والحربي) فيصح منهما مع الإكراه عليه ، ولو من كافر ؛ لأنه إكراه بحق بخلاف إسلام الذمي ؛ لأنه مقر على كفره بالجزية . قال ابن الرفعة : ويشبه أن المعاهد كالذمي وذكر المرتد مزيد على الحاوي ، وهو مفهوم بالأولى من الحربي ، بل هما مفهومان من : ظلما (إلا) إذا أكره (على) طلاق (اثنتين) أي زوجتين أو على طلقتين ، وبهما عبر الحاوي (أو) على طلاق (إحداهما) مبهمة ، (ففردة) أي فطلق واحدة في الصورة الأولى . (أو ذات تعيين) في الثانية فيصح لظهور قصد الاختيار (كما في عكسه) بأن أكره على أن يطلق زوجة أو طلقة فطلق ثنتين ، أو على طلاق معينة فطلق مبهمة ، وكذا لو أكره على طلاق حفصة فطلقها مع ضرتها كما نقله الشيخان عن الإمام عن الأصحاب قالا : وفصل البغوي والمتولي وغيرهما فقالوا : إن قال : طلقتكما طلقتا لعدوله عن كلمة الإكراه ، أو طلقت حفصة وعمرة لم تطلق حفصة ، وعلى نقل هذا اقتصر في الشرح الصغير وصححه البارزي في تمييزه ، ولو أكره على صريح فعدل إلى صريح آخر أو كناية صح طلاقه . (وكلمات الكفر يبيح الإكراه) أي ويبيح الإكراه التكلم بكلمة الكفر والقلب مطمئن بالإيمان لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾ لكن الثبات أفضل ، ولو حذف كلمات لشمل كلامه الفعل المكفر لكنه مفهوم بالأولى أو بالمساواة . (و) يبيح (شرب الخمر) كما يباح لمن غص بلقمة أن يسيغها بخمر إذا لم يجد غيرها ، (و) يبيح (الفطر) من صوم واجب والخروج من صلاة واجبة (لا زنا وقتلا) محرما لذاته ، فلا يبيحهما لتعلقهما بالغير ، وقضية هذا أنه لا يبيح القذف أيضا ، والأصح تصور الإكراه على الزنا ، إذ الانتشار المتعلق بالشهوة ليس شرطًا للزنا ، بل يكفي مجرد الإيلاج والإكراه لا ينافيه . (وحتم) أي ووجب عليه بالإكراه (إتلافه المال) ؛ لأن له بدلا كما زاده بقوله (ومكره) بكسر الراء (غرم) ، ومحل الوجوب إذا أكره بقتل أو قطع وكان الإكراه على إتلاف ماله ، فإن أكره باستخفاف أو إتلاف مال أو نحوهما أو على إتلاف مال غيره ، فلا يجب عليه الإتلاف ، بل يباح وللمالك في الأخيرة مطالبة كل من المكرِه والمكرَه ، والقرار على المكرِه لتعديه ، ومثل هذا يجري في جزاء الصيد إذا قتله المحرم مكرها ، ولكل من المالك والمكره على إتلاف المال دفع المكره بما أمكنهما ، وسيأتي في الصيال أنه ليس للمالك دفع المكره ، بل يلزمه أن يقي روحه بماله . (ولو بتعليق) أي =

= صح الطلاق ممن ذكر ، ولو بتعليقه ، وإنما امتنع تعليقه من الوكيل فيه ؛ لأنه لا يملك تعليقه بالوكالة كما مر في بابها ، (ولم يبنها) أي : صح طلاق المرأة والحالة أنه لم يبنها ، بأن تكون زوجة ، ولو رجعية بخلاف البائن والأجنبية ، وإن وجدت الصفة حال الزوجية في الطلاق المعلق ، لامتناع تصرفه فيما لا يملكه ، وفي الخبر : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو داود وغيره ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، ورواه الحاكم من رواية جابر بلفظ : « لا طلاق لمن لا يملك ولا عتاق لمن لا يملك » وقال : صحيح على شرط الشيخين . (وصح تعليق الرقيق الأنهى) أي أكثر الطلاق ، وهو ثلاث على شرط ، حتى إذا وجد وقع عليه الثلاث ، (إن كان) ، وفي نسخة إن صار (قبل) وجود (شرطه) أو معه (عتيقا) ، وإن لم يكن مالكا للثالثة حالة التعليق ؛ لأنه ملك التعليق في الجملة ؛ ولأنه ملك أصل الطلاق المفيد لملك الثلاث بشرط الحرية ، وشبه ذلك بتعليق السني حال البدعة ، (خلاف من لا يملك التعليق) ، لا يصح تعليقه كقوله : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، وهذا مزيد على الحاوي ، وهو مفهوم من قوله : ولم يبنها ، وظاهر أنه لو أبدل التعليق بالتطليق كان أولى » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٣٠٨) : « (وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ، ولو سكر حرامًا . وهل إلا أن لا يميز أو مطلقًا ؟ تردد .) ابن شاس : شرط المطلق أن يكون مسلما مكلفا فلا ينعقد طلاق الكافر ولا الصبي ولا من زال عقله بجنون أو إغماء ونحو ذلك من نوم أو غيره مما يذهب الاستشعار . من المدونة : طلاق المبرسم في هذيانه لا يلزمه . ابن القاسم : وكذا إن سقي السكران ولم يعلم . ابن رشد : قوله « ولم يعلم » فيه نظر لأنه يدل على أنه لو شربه وهو يعلم أنه يفقد عقله لزمه ما أعتق أو طلق وإن كان لا يعقل ، وهذا لا يصح أن يقال وإنما ألزم من ألزم السكران طلاقه وعتقه لأن معه بقية من عقله ، لا لأنه أدخل السكر على نفسه ، وقول من قال : إنه أدخل السكر على نفسه غير صحيح . وقال ابن عرفة : طلاق السكران أطلق الصقلي وغير واحد الروايات بلزومه . وقال ابن رشد : السكران المختلط طلاقه لازم .

وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه ، وذكره المازري رواية (وطلاق الفضولي كبيعه ولزم ولو هزل) ابن عرفة : هزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقا وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه . اللخمي : أرى إن قام دليل الهزل لم يلزمه طلاق ، وقال ابن القاسم : من قال لامرأته قد وليتك أمرك إن شاء الله فقالت فارقتك إن شاء الله وهما لاعبان لا يريدان طلاقا فلا شيء عليهما . وقال ابن القاسم في رجل قال له رجل : أطلقت امرأتك ، قال : نعم كما طلقت أنت امرأتك فإذا بالآخر قد طلق امرأته والآخر لم يعلم : لا شيء عليه إذ لم يرد طلاقًا ويحلف أنه لم يعلم بطلاق الآخر ولا يحلف أنه كان لاعبًا لأن اللاعب يلزمه الطلاق (لا إن سبق لسانه في الفتوى) » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٤٣٢ ، ٤٣٣) : « (ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون ، والنائم ، والمغمى عليه ، والمبرسم : لم يقع طلاقه) . هذا صحيح . لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون بعد أن أفاقا أنهما طلقا : وقع الطلاق . نص عليه . قال المصنف : هذا فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية . فأما المبرسم ، ومن به نشاف : فلا يقع . وقال في الروضة : المبرسم ، والممسوس إن عقلا الطلاق : لزمهما . قال في الفروع : ويدخل في كلامهم : من غضب حتى أغمي عليه ، أو غشي عليه ، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يدخل ذلك في كلامهم بلا ريب . وقال الشيخ تقي الدين أيضًا : إن غيره الغضب ، ولم يزل عقله : لم يقع الطلاق ؛ لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح . فهو كالمكره . ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله . ولا يلزمه نذر الطاعة فيه » .

١١٩٩ - الزوج هو الذي له أن يرفع قيد الزواج إذا كان صحيحا فالطلاق لا يلحق النكاح الفاسد فلو فرض أن رجلًا تزوج امرأة بعقد فاسد ثم أوقع عليها طلاقًا ؛ فلا يلحق هذا الطلاق الزوجة فله أن يجدد العقد عليها ولا ينقص من عدد الطلاق شيء حتى لو كان الطلاق الذي أوقعه ثلاثًا جاز له أن يعقد عليها قبل أن تتزوج بغيره ؛ لأنه غير واقع لما عرفت من أن الطلاق لا يقع إلا إذا كان عقد الزواج صحيحًا .

١٢٠٠ - وجعل الطلاق بيد الرجال من محاسنه لأن النساء يتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه عند حصول ما يتأثرن به فيكثر الطلاق القاطع للزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية فلم يجعل بيد النساء لذلك وهذا في الأصل أي إنه يثبت للزوج بمجرد العقد الصحيح وأما الزوجة فلا يثبت لها إلا بالشرط فإذا اتفق الزوجان في عقد الزواج أو بعده على أن الزوجة لها أن توقع الطلاق على نفسها في أي وقت شاءت أو عندما يحصل الأمر الفلاني صح ذلك ، ولها أن تطلق نفسها حسب التمليك والأحسن في هذا الزمان أن تحفظ الزوجة لنفسها الحق في إيقاع الطلاق عند ما يحصل من الزوج شيء تكرهه كالتزوج عليها أو غيابه عنها مدة معلومة أو عدم الإنفاق عليها كذلك بأن يقول الزوج لزوجته إن تزوجت عليك فلك الحق في أن تطلقي نفسك فيثبت لها هذا الحق متى تزوج عليها ومثل التزوج غيره .

١٢٠١ - ولا يقع طلاق الزوج إلا إذا كان بالغًا عاقلًا سواء كان محسنًا للتصرف في ماله أو غير محسن له وهو السفيه أي يضيع ماله على خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل وسواء كان صحيحًا أو مريضًا لوجود العقل عند كل واحد منهما حتى إذا انتفى بأن نشأ عن تأثير المرض اختلال في العقل فلا يقع طلاق المريض وسواء كان الزوج مختارًا أو مكرها وسواء كان يقصد حقيقة كلامه أو لا يقصده وهو الهازل وكل هذا باتفاق إلا المكره فإن القائل بوقوع طلاقه أبو حنيفة وباقي الأئمة يقولون بعدم الوقوع فإذا هدده شخص آخر بشيء يكرهه كقتل أو قطع عضو أو إتلاف مال مثلًا إن لم يطلق زوجته وكان المكره قادرًا على إيقاع ما هدده به وطلق وقع الطلاق عند أبي حنيفة ولا يقع عند باقي الأئمة ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام : « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** » [1] أي رفع عن الأمة حكم ما فعلوه خطأ أو نسيانا أو مع الإكراه فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل منهم في غير هذه الأحوال

---

(١) سنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق ، ٢٠٣٥) .

ولأن الإكراه لا يجامع الاختيار لإفساده إياه واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار بخلاف الهازل فإنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه واستدل أبو حنيفة بأن المكره قصد إيقاع الطلاق على زوجته حال أهليته ؛ لأنه عرف الشرين وهما الهلاك مثلًا والطلاق ، واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يخلو فعله عن حكمه كما في الطائع إذ العلة فيه دفع الحاجة وهي موجودة في المكره لحاجته إلى التخلص مما توعد به من القتل أو الجرح مثلًا إلا أنه غير راض بالحكم فيقع الطلاق ولا تأثير لهذا في نفى الحكم كما في الهازل .

١٢٠٢ - يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما ﷺ : « **نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم** » [1] فبين أن اليمين طوعًا وكرهًا سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ولكن يقال على هذا إنه لو كان المكره مختارًا ولما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرهًا من البيع والشراء والإجارة وغيرها مع أن له الخيار في فسخ العقود أو إمضائها بعد زوال الإكراه ويجاب بأن وجه ثبوت الخيار له في فسخ هذه العقود أو إمضائها أنه غير راض بالحكم فثبت له فسخ العقود وأما هاهنا فإنه وإن كان غير راض بالحكم إلا إنه غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم ، وقد يقال : إن هناك فرقًا بين المكره والهازل فلا يصح القياس ؛ وذلك لأن المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم .

١٢٠٣ - فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره ويجاب عن هذا بأن للهازل اختيارًا كاملًا في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضًا غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فيصح اعتبار أحدهما بالآخر والجواب عن الحديث المتقدم أنه لا يصح أن ننفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة فلا بد من تقدير الحكم وهو نوعان : دنيوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ الواحد لأنهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالإجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادًا . وتوضيح ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولم تكن هناك داعية إلى الطلاق ترتب عليه حكمان دنيوي وهو وقوع الطلاق وأخروي وهو العقاب في الآخرة لما عرفت مما تقدم أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح الإقدام عليه إلا إذا كانت هناك داعية إليه

(١) مسلم في كتاب الجهاد والسير حديث رقم (٣٣٤٢) ، وأحمد في المسند حديث رقم (٢٢٢٨٣) .

فإذا أكره على الطلاق وأوقعه ثبت الحكم الدنيوي وهو الوقوع وانتفى الحكم الأخروي وهو العقاب لارتفاعه بالإكراه ولا يصح أن نريد رفع الحكمين عن المكره ؛ لأن المشترك لا يستعمل في معنييه .

١٢٠٤ - وكل هذا فيما إذا كان الإكراه على إنشاء الطلاق فلو كان على الإقرار به فلا يقع إجماعًا أما عند غير أبي حنيفة فظاهر ، وأما عنده فلان الإقرار خبر محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه مثلًا يرجع جانب الكذب فلا يقع لأنه إقرار بشيء غير حاصل في الواقع ونفس الأمر .

١٢٠٥ - وإنما اتفقوا على وقوع طلاق الهازل لقوله عليه الصلاة والسلام « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق** » (١) وكما يقع طلاق المكره عند أبي حنيفة يقع طلاق المخطئ والناسي ، فالمخطئ هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيجري على لسانه الطلاق والنسيان لا يتصور إلا في فعل الشرط المعلق عليه الطلاق ، فإذا حلف رجل بطلاق زوجته أن لا يكلم فلانًا وكلمه ناسيًا هذا الحلف وقع الطلاق أيضًا عند أبي حنيفة ولكن ينتفي عنه العقاب الأخروي - والظاهر مذهب من قال بعدم وقوع طلاق المكره والمخطئ والناسي (٢) .

(مادة ٢١٨)

يَقَعُ طَلاَقُ السَّكْرَانِ الَّذِي سَكِرَ بِمَحْظُورٍ ، طَائِعًا ، مُخْتَارًا ، لاَ مُكْرَهًا ، وَلاَ مُضْطَرًّا (٣) .

* * *

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الطلاق حديث رقم (١١٠٤) ، وابن ماجه في الطلاق حديث رقم (٢٢٠٩) بلفظ : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٨٩) : ١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

٢ - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٨) : أ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم .

ب - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرهما فلا يدري ما يقول .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة ١ : لا يقع طلاق السكران والمكره .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (٣/٤٩٠) : « (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء . ولنا =

= أنه زال (بسبب هو معصية فجعل باقيًا حكمًا زجرًا له ، حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إ: لا يقع طلاقه) » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٥/٢٧٠) : « ومن شرب خمرا أو نبيذا فأسكره فطلق لزمه الطلاق والحدود كلها والفرائض ولا تسقط المعصية بشرب الخمر والمعصية بالسكر من النبيذ عنه فرضًا ولا طلاقًا . فإن قال قائل : فهذا مغلوب على عقله والمريض والمجنون مغلوب على عقله ، قيل المريض مأجور ومكفر عنه بالمرض مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله ، وهذا آثم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب ، والصلاة مرفوعة عمن غلب على عقله ولا ترفع عن السكران .

وكذلك الفرائض من حج أو صيام أو غير ذلك ومن شرب بنجًا أو حريفًا أو مرقدًا ليتعالج به من مرض فأذهب عقله فطلق لم يلزمه الطلاق من قبل أن ليس في شيء من هذا أن نضربهم على شربه في كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإذا كان هكذا كان جائزًا أن يؤخذ الشيء منه للمنفعة لا لقتل النفس ولا إذهاب العقل .

فإن جاء منه قتل نفس أو إذهاب عقل كان كالمريض يمرض من طعام وغيره وأجدر أن لا يأثم صاحبه بأنه لم يرد واحدًا منهما كما يكون جائزًا له بط الجرح (بط الجرح أي شقه) ، وفتح العرق والحجامة وقطع العضو رجاء المنفعة ، وقد يكون من بعض ذلك سبب التلف ولكن الأغلب السلامة وأن ليس يراد ذلك لذهاب العقل ولا للتلذذ بالمعصية » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٣٠٨ ، ٣٠٩) : « (وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراما وهل إلا أن لا يميز أو مطلقا تردد) ابن شاس : شرط المطلق أن يكون مسلما مكلفًا فلا ينعقد طلاق الكافر ولا الصبي ولا من زال عقله بجنون أو إغماء ونحو ذلك من نوم أو غيره مما يذهب الاستشعار . من المدونة : طلاق المبرسم في هذيانه لا يلزمه . ابن القاسم : وكذا إن سقي السكران ولم يعلم . ابن رشد : قوله « ولم يعلم » فيه نظر لأنه يدل على أنه لو شربه وهو يعلم أنه يفقد عقله لزمه ما أعتق أو طلق وإن كان لا يعقل وهذا لا يصح أن يقال : وإنما ألزم من ألزم السكران طلاقه وعتقه لأن معه بقية من عقله لا لأنه أدخل السكر على نفسه ، وقول من قال : إنه أدخل السكر على نفسه غير صحيح . وقال ابن عرفة : طلاق السكران أطلق الصقلي وغير واحد الروايات بلزومه . وقال ابن رشد : السكران المختلط طلاقه لازم . وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه وذكره المازري رواية » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٨٨ - ٢٩١) : « (وطلاق الزائل العقل بلا سكر ، لا يقع) . أجمع أهل العلم على العلم أن الزائل العقل بغير سكر ، أو ما في معناه ، لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلي ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه ، لا طلاق له . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » . وروي عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » . رواه النجاد . وقال الترمذي : لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وهو ذاهب الحديث . وروي بإسناد عن علي مثل ذلك . ولأنه قول يزيل الملك ، فاعتبر له العقل ، كالبيع . وسواء =

= زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو إكراه على شرب خمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ، ولا يعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق ، رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافا . فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله ، عالما به ، متلاعبًا ، فحكمه حكم السكران في طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يقع طلاقه ؛ لأنه لا يلتذ بشربها . ولنا ، أنه زال عقله بمعصية ، فأشبه السكران . (وعن أبي عبد الله رحمه الله ، في السكران روايات ؛ رواية يقع الطلاق . ورواية لا يقع . ورواية يتوقف عن الجواب) ويقول : قد اختلف فيه أصحاب رسول الله ﷺ أما التوقف عن الجواب ، فليس بقول في المسألة ، إنما هو ترك للقول فيها ، وتوقف عنها ، لتعارض الأدلة فيها ، وإشكال دليلها . ويبقى في المسألة روايتان : إحداهما ، يقع طلاقه .

اختارها أبو بكر الخلال ، والقاضي . وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، وميمون بن مهران ، والحكم ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي في أحد قوليه ، وابن شبرمة ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ، وسليمان بن حرب ؛ لقول النبي ﷺ : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه » . ومثل هذا عن علي ، ومعاوية ، وابن عباس ، قال ابن عباس : طلاق السكران جائز ، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ، ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف ؛ بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي ، قال : أرسلني خالد إلى عمر ، فأتيته في المسجد ، ومعه عثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن وطلحة ، والزبير ، فقلت : إن خالدًا يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر ، وتحاقروا العقوبة . فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم . فقال علي : نراه إذا سكر هذي ، وإذا هذي افترى ، وعلى المفتري ثمانون . فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال . فجعلوه كالصاحي ، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه ، فوجب أن يقع ، كطلاق الصاحي ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ، ويقطع بالسرقة ، وبهذا فارق المجنون . والرواية الثانية ، لا يقع طلاقه . اختارها أبو بكر عبد العزيز . وهو قول عثمان رضي الله عنه . ومذهب عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وطاووس ، وربيعة ، ويحيى الأنصاري ، والليث ، والعنبري ، وإسحاق ، وأبي ثور ، والمزني .

قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ، ولا نعلم أحدًا من الصحابة خالفه . وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه ، وهو أصح . يعني من حديث علي ، وحديث الأعمش ، منصور لا يرفعه إلى علي . ولأنه زائل العقل ، أشبه المجنون ، والنائم ، ولأنه مفقود الإرادة ، أشبه المكره ، ولأن العقل شرط للتكليف ؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها ؛ بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعدًا ، ولو ضربت المرأة بطنها ، فنفست ، سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن ، سقط التكليف .

وحديث أبي هريرة لا يثبت ، وأما قتله وسرقته ، فهو كمسألتنا . (٥٨٤٠) فصل : والحكم في عتقه ، ونذره ، وبيعه ، وشرائه ، وردته ، وإقراره ، وقتله ، وقذفه ، وسرقته ، كالحكم في طلاقه ؛ لأن المعنى في الجميع واحد . وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث . وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران ، أو سرق ، أو زنى ، أو افترى ، أو اشترى ، أو باع فقال : أجبن عنه ، لا يصح من أمر السكران شيء . وقال =

١٢٠٦ - فقد علمت مما تقدم أنه لا يقع طلاق الزوج إلا إذا كان عاقلًا بالغًا فلو زال عقله ، فإما أن يكون زواله بسبب هو معصية أو لا ، فإن كان الأول كما إذا تناول الشخص شيئًا محرمًا طائعًا مختارًا سواء كان خمرًا أو نبيذًا أو حشيشًا أو أفيونًا أو بنجًا فسكر وغاب عقله بحيث صار لا يميز الأشياء عن بعضها بأن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ولا الطول من العرض وطلق زوجته وقع عليه الطلاق ، لكن يشترط أن يكون زوال العقل مترتبًا على السكر ، فلو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع وطلق لم يقع طلاقه لأن علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة والحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم صلاحية العلة ، وقال جمع من الصحابة بعدم الوقوع ووافقهم بعض الحنفية ؛ لأنه لا قصد له كالنائم بل هو أسوأ حالًا منه لأن النائم إذا استوقظ استيقظ بخلاف السكران ؛ وهذا لأن شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالدواء وغيره من المباحات وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له وإلا صحت ردته ولنا أنه مخاطب شرعا بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾[1] فوجب نفوذ تصرفه ولأن عقله زال بسبب هو معصية فيجعل باقيًا زجرًا له بخلاف ما إذا زال بالمباح .

١٢٠٧ - والظاهر عدم وقوع طلاق السكران ولو سكر بمحظور ؛ لأن الطلاق ليس عقابا له فقط بل يترتب عليه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية والإضرار بالزوجة وبأولادها منه وبأهلها فلو أوقعنا طلاق السكران لعاقبنا غير المذنب ممن ذكر وهو غير جائز فلا يعاقب إلا السكران وعقابه يكون بالحد لينزجر عن مثل هذا ويعتبر غيره .

١٢٠٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان زوال العقل بسبب غير معصية كما إذا تعاطى المسكر للتداوي بعد أن تعين فيه الشفاء بإخبار طبيب ماهر عدل أو شرب شيئًا من المباحات ولكن لعدم موافقة الطبيعة زال عقله فلا يقع الطلاق وعلى هذا لو أكره على تعاطي ما يزيل العقل فتعاطاه أو كان مضطرًا لشرب الخمر كما إذا كان يأكل فغص باللقمة حتى خاف على نفسه الموت ولم يجد ما يسيغها به إلا الخمر وتناول منه مقدارًا يكفي لذلك فزال عقله وطلق لم يقع طلاقه ، وهذا هو الذي يجب التعويل عليه ؛

= أبو عبد الله بن حامد : حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه ؛ فأما فيما له وعليه ، كالبيع ، والنكاح ، والمعاوضات ، فهو كالمجنون ، لا يصح له شيء . وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضًا لا يصح منه ؛ لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له ، وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له » .

(١) النساء : ٤٣ .

لأنه غير مختار .

١٢٠٩ - وبعضهم يقول بالوقوع في هاتين الحالتين معللا بأن زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الأصل وإن كان مباحًا بعارض الإكراه والاضطرار ولكن السبب الداعي للحظر قائم فأثر قيام السبب في حق الطلاق ولا يخفى ما فيه من التشديد ؛ لأن الإباحة العارضة كافية في عدم المؤاخذة بما يترتب على الفعل وإن كان محظورًا في الأصل خصوصا بالنسبة للطلاق الذي في وقوعه معاقبة غيره كما علمته مما تقدم في السكران (١) .

(مادة ٢١٩)

يَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بِإِشَارَتِهِ الْمَعْهُودَةِ الدَّالَّةِ عَلَى قَصْدِهِ الطَّلَاقَ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٨٨) : أ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم .
ب - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرهما فلا يدري ما يقول .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٥) أ - يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار .
ب - لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٤٣/٦ ، ١٤٤) : « وإذا طلق الأخرس امرأته في كتاب ، وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه ؛ لأن الأخرس عاجز عن الكلام ، وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء ، والأصل أن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان ؛ لأن المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام ألا ترى أن النبي ﷺ كان مأمورًا بتبليغ الرسالة ، وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ، ثم الكتاب على ثلاثة أوجه :
(**أحدها**) أن يكتب طلاقًا ، أو عتاقًا على ما لا يتبين فيه الخط كالهواء ، والماء ، والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوى أو لم ينو ؛ لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يتبين منه حروف ، ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته ، وذلك لا يجوز .
(**الثاني**) أن يكتب طلاق امرأته على ما يتبين فيه الخط ، ولكن لا على رسم كتب الرسالة فهذا ينوي فيه ؛ لأن مثل هذه الكتابة قد تكون للإيقاع ، وقد تكون لتجربة الخط ، والقلم ، والبياض ، وفيه ينوي كما في الألفاظ التي تشبه الطلاق ، فإن كان صحيحًا تبين نيته بلسانه ، وإن كان أخرس تبين نيته بكتابه .
(**والثالث**) أن يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امرأته أو عتاق عبده فيقع الطلاق ، والعتاق بهذا في القضاء ، وإن قال : عنيت به تجربة الخط لا يدين في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، وهو نظير ما لو قال : أنت طالق ، ثم قال : عنيت الطلاق من وثاق ، ثم ينظر إلى المكتوب ، فإن كان كتب : امرأته طالق فهي طالق =

١٢١٠ - ولا يشترط اللفظ في وقوع الطلاق بل كما يكون باللفظ يكون بالإشارة لغير القادر على اللفظ فيقع طلاق الأخرس بإشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق ؛ لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانًا فتصح بها جميع تصرفاته سواء كانت زواجًا أو طلاقًا أو غيرهما وسواء كان يحسن الكتابة أو لا ، وقال بعضهم : إن كان يحسن الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة قال في فتح القدير : وهو قول حسن (١) .

= سواء بعث الكتاب إليها ، أو لم يبعث ، وإن كان المكتوب : إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق ، فما لم يصل إليها لا يقع الطلاق ؛ كما لو تكلم بما كتب ، فإن ندم على ذلك فمحى ذكر الطلاق من كتابه ، وترك ما سوى ذلك ، وبعث بالكتاب إليها فهي طالق إذا وصل إليها الكتاب ؛ لوجود الشرط ، ومحوه كرجوعه عن التعليق ، فإن محى الخطوط كلها ، وبعث بالبياض إليها لم تطلق ؛ لأن الشرط لم يوجد فإن ما وصل إليها ليس بكتاب ، ولو جحد الزوج الكتاب ، وأقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء ؛ لأن الثابت بالبينة عليه كالثابت بإقراره » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢٣٠/٦) : « كتابة الأخرس بالطلاق كناية على الصحيح » .

قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام (٨٦/٢) : « وفي المتيطية : ويصح طلاق الأخرس والأبكم بالكناية والإشارة كنكاحه وبيعه وابتياعه » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٢٥٩/٥) : « (إذا طلق الأخرس بالإشارة) المفهومة (فإن طلق في قلبه لم يقع كالعتق ولو أشار بإصبعه) أو أصابعه الثلاثة (مع نيته بقلبه) لما تقدم (نقل ابن هانئ) عن أحمد إذا طلق في نفسه (لا يلزمه) أي الطلاق (ما لم يلفظ به أو يحرك لسانه) قال في الفروع ، فظاهره أي النص المذكور (يقع ولو لم يسمعه بخلاف القراءة في الصلاة) فإنها لا تجزيه حيث لم يسمع نفسه قال في الفروع ويتوجه كقراءة في صلاة يعني أنه لا يقع طلاقه إذا حرك لسانه به إلا إذا كان بحيث يسمع نفسه لولا المانع وتقدم ومميز ومميزة في كل ما سبق كالبالغين » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١١٥) أ - يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار .
ب - لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره .

(مادة ٢٢٠)

لاَ يَقَعُ طَلاَقُ : النَّائِمِ ، وَالمجْنُونِ ، وَالْمَعْتُوهِ ، وَمَنِ اخْتَلَّ عَقْلُهُ لِكِبَرٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ مُصِيبَةٍ فَاجَأَتْهُ ، وَإِنَّمَا يَقَعُ طَلاَقُ المجْنُونِ إِذَا عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ وَهُوَ عَاقِلٌ ، ثُمَّ جُنَّ ، وَوُجِدَ الشَّرْطُ وَهُوَ مَجْنُونٌ (١) .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٩٩/٣ ، ١٠٠) : « وأما شرائط الركن فأنواع ، بعضها يرجع إلى الزوج وبعضها يرجع إلى المرأة ، وبعضها يرجع إلى نفس الركن ، وبعضها يرجع إلى الوقت . أما الذي يرجع إلى الزوج فمنها أن يكون عاقلًا حقيقة أو تقديرًا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرف ؛ لأن به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد ، وأما السكران إذا طلق امرأته فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعًا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﭬ وعن عثمان ﭬ أنه لا يقع طلاقه ، وبه أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قولي الشافعي وجه قولهم : إن عقله زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا ، والدليل عليه أنه لا تصح ردته فلأن لا يصح طلاقه أولى .

ولنا عموم قوله ﻷ : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ إلى قوله ﻷ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ من غير فصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل . وقوله عليه الصلاة والسلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه » ولأن عقله زال بسبب ؛ هو معصية فينزل قائمًا عقوبة عليه وزجرًا له عن ارتكاب المعصية ؛ ولهذا لو قذف إنسانا أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وأنهما لا يجبان على غير العاقل دل أن عقله جعل قائمًا وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرًا إذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث ويجعل المورث حيا زجرًا للقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما إذا زال بالبنج والدواء ؛ لأنه ما زال بسبب هو معصية إلا أنه لا تصح ردة السكران استحسانًا نظرًا له لأن بقاء العقل تقديرًا بعد زواله حقيقة للزجر ، وإنما تقع الحاجة إلى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي إليه طبعًا ، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي إليها ؛ فلا حاجة إلى استبقاء عقله فيها للزجر ، ولأن جهة زوال العقل حقيقة تقتضي بقاء الإسلام ، وجهة بقائه تقديرًا تقتضي زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر فأجري وأخبر أن قلبه كان مطمئنًا بالإيمان كذا هذا ، وإن كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بأن شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا : إن طلاقه واقع أيضًا ؛ لأنه وإن زال عقله فإنما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قائمًا ويلحق الإكراه والاضطرار بالعدم كأنه شرب طائعًا حتى سكر .

وذكر محمد ﵀ فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان زائلًا حقيقة وتقديرًا ، وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذي يسكر وزال =

١٢١١ - وبناء على ما تقدم لا يقع طلاق المجنون والمعتوه لأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل لكل منهما وأحسن الأقوال في الفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير ، لكنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون ومثلهما من اختل عقله بسبب من الأسباب سواء كان لكبر أو مرض أو مصيبة نزلت به لأن أهلية التصرف بالعقل المميز وهو غير موجود عندهم ولكن إذا علق الشخص طلاق زوجته وهو عاقل على شيء من الأشياء ووجد هذا الشيء وهو مجنون وقع الطلاق فإذا قال لها وهو عاقل : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ثم جن ودخلها وهو مجنون وقع الطلاق لوجود ما علق عليه ، وعند الإمام أحمد يقع طلاق الصبي إذا كان مميزًا يعقله بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إن طلقها .

١٢١٢ - ولا يقع طلاق النائم أيضا لأنه عديم الاختيار في التكلم وشرط صحة التصرف الاختيار فيه (١) .

= عقله لا يقع طلاقه لما قلنا » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٣١/٤) : « وإنما يصح طلاق المسلم المكلف يعني أن شرط موقع الطلاق أن يكون مسلمًا مكلفًا ، فلا يصح طلاق من كافر لكافرة إلا أن يتحاكموا إلينا فيجري فيه تأويلات تقدمت عند قول المؤلف وفي لزوم الثلاث لذمي طلقها وترافعا إلينا إلخ ، ولا لكافرة أسلمت ثم أسلم في عدتها ولو أوقع الثلاث عليها بعد إسلامها ، فإذا أسلم قبل انقضاء العدة كان أحق بها كما لو لم يطلق ، وكذلك لا يصح طلاق من صبي ولو مراهقًا أو مجنونًا ، وإن جعل المسلم صفة لذكر خرج به الأنثى فلا يصح طلاقها من حيث هي أنثى ، لا يقال : إذا ارتد الصبي بانت زوجته منه فقد وقع الطلاق مع عدم وقوعه من مكلف لأنا نقول البينونة إنما وقعت عليه بحكم الشرع لا أنه هو الموقع لها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٩٠/٧) : « (وإذا عقل الصبي الطلاق ، فطلق ، لزمه) وأما الصبي الذي لا يعقل ؛ فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ، ويعلم أن زوجته تبين به ، وتحرم عليه ، فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع . اختارها أبو بكر ، والخرقي ، وابن حامد . وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبي ، وإسحاق . وروى أبو طالب ، عن أحمد : لا يجوز طلاقه حتى يحتلم . وهو قول النخعي ، والزهري ، ومالك ، وحماد ، والثوري ، وأبي عبيد ، وذكر أبو عبيد ، أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز . وروي نحو ذلك عن ابن عباس ؛ لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » . ولأنه غير مكلف ، فلم يقع طلاقه كالمجنون . ووجه الأولى قوله عليه السلام : « الطلاق لمن أخذ بالساق » . وقوله : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » . وروي عن علي ﷺ أنه قال : اكتموا الصبيان النكاح ؛ فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا . ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق ، فوقع كطلاق البالغ » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٨٧) : ١ - يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من =

(مادة ٢٢١)

لاَ يَقَعُ طَلاَقُ أَبِي الْقَاصِرِ عَلَى زَوْجَتِهِ ، وَلاَ طَلاَقُ الْقَاصِرِ وَلَوْ كَانَ مُرَاهِقًا [١] .

* * *

١٢١٣ – ويعلم من قولنا فيما تقدم يشترط لوقوع الطلاق أن يكون الزوج عاقلًا بالغًا إن طلاق الصبي غير واقع ولو كان مراهقا أي قريبا من البلوغ بأن كان سنة اثنتي عشرة سنة لأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي بهذا الوصف ؛ لأن المراد بالعقل المعتدل منه والصبي وإن اتصف بالعقل حتى صح إسلامه ، لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما يترتب عليه مضرة له فلو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لم يعتبر أيضا لأن المدار على البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية . وكما لا يقع طلاق القاصر لا يقع طلاق أبيه على زوجته لقوله عليه الصلاة والسلام : « **إنما الطلاق لمن أخذ بالساق** » [٢] أي

= العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة : المادة (٨٦) : يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

(١) **قول المالكية** : جاء في المدونة (٢/٢٥٥) : « قلت : أرأيت الصبي أيجوز عليه طلاق الأب ، قال : قال مالك : لا يجوز عليه طلاق الأب ويجوز صلح الأب عنه ويكون تطليقة ، قال مالك : وكذلك الوصي إذا زوج يتيمه عنده صغيرًا جاز نكاحه ، ويجوز أن يصالح امرأته عنه ويكون هذا الصلح من الأب ، والصلح تطليقة على الصبي ، وإن طلق الوصي امرأة يتيمه لم يجز » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٧٠) : « وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير ، وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك ، فقال : قد اختلف فيه . وكأنه رآه قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر ، فيخرج على قولين ؛ أحدهما ، يملك ذلك . وهو قول عطاء ، وقتادة ؛ لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه . رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو ، أن المعتوه إذا عبث بأهله ، طلق عليه وليه . قال عمرو ابن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه ، إذا لم يكن متهما ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير . والقول الآخر ، لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » . رواه ابن ماجه . وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج . ولأنه إسقاط لحقه . فلم يملكه ، كالإبراء من الدين ، وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير ، كالقول في زوجة ابنه الصغير ؛ لأنه في معناه » .

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٧٢) .

للزوج وهي كناية لطيفة (١) .

(مادة ٢٢٢)

يَقَعُ الطَّلَاقُ : لَفظًا ، وَبِالْكِتَابَةِ الْمَرْسُومَةِ الْمُسْتَبِينَةِ .

وَكَمَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُوقِعَهُ بِنَفْسِهِ ، يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ ، وَأَنْ يُرْسِلَهُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَسْطُورًا فِي كِتَابٍ ، وَأَنْ يَأْذَنَهَا بِإِيقَاعِهِ تَفْوِيضًا عَلَى نَفْسِهَا ، وَتَوْكِيلًا عَلَى غَيْرِهَا مِنْ ضَرَائِرِهَا (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٨٧) : ١ - يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

٢ - للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها .

جاء قي قانون الأحوال الشخصية الأردني : يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة: المادة (٨٦) : يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

المادة (٨٧) : للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وان يفوض الزوجة بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٤) يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٢٠٣/٦) : « وإذا قال لغيره طلق امرأتي فهو رسول معناه أن الوكيل في الطلاق والرسول سواء لأنه سفير ومعبر والرسالة لا تختص بالمجلس فكان له أن يطلقها بعد المجلس ، ولو قال : طلقها إن شئت كان ذلك على المجلس عندنا حتى لا يملك الإيقاع بعد قيامه من المجلس ، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يملك ؛ لأن قوله : إن شئت فضل من الكلام فإنا نعلم أنه إنما يطلقها إذا شاء فتغلو هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها ولكنا نقول بآخر كلامه يتبين أن مراده تمليك أمرها منه لا الرسالة وجواب التمليك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها به ، وحاصل هذا أن في حقها لا تتحقق الرسالة فإنها لا تكون رسولًا إلى نفسها فيكون تمليكًا سواء قال لها طلقي نفسك أو قال إن شئت وفي حق الأجنبي تتحقق الرسالة والتمليك جميعًا فإذا قال : طلق كان رسالة وإذا قال إن شئت كان تمليكًا لأمرها منه ، وعلى هذا نقول إذا قال طلقها فله أن يعزله قبل الإيقاع ولو قال : طلقها إن شئت لم يكن له أن يعزله كما لو ملك الأمر منها وكذلك لو جعل ذلك إلى صبي أو معتوه ؛ لأن مجرد العبارة يتحقق من هؤلاء » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٤٢٤/٦) : « وأركانه ، أي : الطلاق - : زوج وصيغة وقصد ومحل وولاية عليه (يشترط لنفوذه) أي لصحة تنجيزه أو تعليقه كونه من زوج ، أما وكيله أو الحاكم في المولى فلا يصح منهما تعليقه ، ويعلم هذا مما قدمه أول الخلع ومما سيذكره أنه لا يصح تعليقه قبل النكاح و (التكليف) =

١٢١٤ - وكما يكون الطلاق بالإشارة يكون بالكتابة سواء كان الكاتب قادرًا على اللفظ أو غير قادر ولكن الكتابة على نوعين الأول الكتابة المرسومة الثاني الغير المرسومة ، فالمرسومة هي ما يكتب إلى الغائب بأن تكون مصدرة ومعنونة على جهة الرسالة وفي هذه الحالة يقع الطلاق نوى أو لم ينو ، فلو قال : لم أقصد الطلاق وإنما قصدت تجربة القلم لم يصدق قضاء ؛ لأن الإرسال إليها دليل على قصده الطلاق ، ولكن الطلاق في هذه الحالة إما أن يكون منجزًا أو معلقًا على وصول الجواب مثلًا .

١٢١٥ - فإن كان منجزًا كما إذا قال بعد كلام ذكره في الجواب : أما بعد فأنت طالق وقع الطلاق بمجرد الكتابة فتعتد من هذا الوقت ، وإن كان معلقًا بوصول الجواب

= فلا يصح تعليق ولا تنجيز من نحو صبي ومجنون ومغمى عليه ونائم لرفع القلم عنهم ، لكن لو علقه بصفة فوجدت وبه نحو جنون وقع والاختيار فلا يقع من مكره كما سيذكره » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٦/٦٨) : « الوكالة تصح في قابل النيابة كما مر لا في الأيمان ؛ لأنها أعمال بدنية وكذلك الوضوء والصلاة ولا على المعاصي كالظهار ؛ لأنه منكر من القول وزور ، ومثله الغصب والقتل العدوان ، وما أشبه ذلك من المعاصي فإن قيل : التوكيل على الطلاق صحيح وعلى الظهار غير صحيح ، فما الفرق ؟ قلت : قال البساطي : يمكن أن يقال الفرق أن التوكيل في الطلاق في الصيغة أي وكله في أن يقول لها أنت طالق أي وليس فيها معصية ، وأما في الظهار فلا صيغة بل في المعنى ، فإن قال لها : أنت على موكلي كظهر أمه لم يقع التوكيل في هذه الصيغة انتهى ، فإن قيل التوكيل على الطلاق في الحيض معصية كالظهار مع صحة ما ذكر قلت : قد يفرق بأن معصية الظهار أصلية بخلاف إيقاع الطلاق في الحيض إنما هو لأمر خارج وإن كان الأصل وهو الطلاق غير معصية تأمل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٥/٧٤) : « (وإذا وكله في طلاق زوجته ، فهو في يده حتى يفسخ أو يطأ) وجملة ذلك أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ، ملك التصرف أبدا ، ما لم تنفسخ الوكالة ، وفسخ الوكالة أن يقول : فسخت الوكالة ، أو أبطلتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أو صرفتك عنها ، وأزلتك عنها . أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه ، أو يعزل الوكيل نفسه ، أو يوجد ما يقتضي فسخها حكمًا ، على ما قد ذكرنا ، أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه ، أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة . فإذا وكله في طلاق امرأته ، ثم وطئها ، انفسخت الوكالة ؛ لأن ذلك يدل على رغبته فيها ، واختياره إمساكها . وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقًا رجعيًا ، كان ارتجاعًا لها ، فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى . وإن باشرها دون الفرج ، أو قبلها ، أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج ، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق ، يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به . وإن وكله في بيع عبد ، ثم أعتقه ، أو باعه بيعًا صحيحًا ، أو كاتبه ، أو دبره ، انفسخت الوكالة ؛ لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه ، وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الأخرى ، تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه . وإن باعه بيعًا فاسدًا لم تبطل الوكالة ؛ لأن ملكه في العبد لم يزل . ذكره ابن المنذر » .

إليها كما إذا قال : أما بعد فإذا وصلك جوابي هذا فأنت طالق ، فإن الطلاق في هذه الحالة لا يقع إلا إذا وصل إليها الكتاب فإن وصل إلى أبيها فمزقه ولم يدفعه إليها فإن كان متصرفًا في أمورها ، وقع وإن لم يكن كذلك فلا يقع سواء خبرها بذلك أو لم يخبرها ؛ لأن الطلاق معلق على إتيان الجواب إليها ولم يحصل فلا يقع الطلاق ما لم يدفع إليها الكتاب الممزق .

١٢١٦ - وغير المرسومة المتقدم ذكرها تنقسم إلى قسمين مستبينة وغير مستبينة ، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والرمل على وجه يمكن فهمه وقراءته وغير المستبينة ما يكتب على الهواء أو الماء أو شيء لا يمكن فهمه وقراءته ، ففي المستبينة الغير المرسومة يقع الطلاق إذا نواه وهذا هو المعول عليه وبعضهم يقول : يقع وإن لم ينوه وفي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نواه .

١٢١٧ - وبما أن الزوج يملك الطلاق على زوجته بمجرد العقد فله أن يوقعه بنفسه وأن يوكل غيره في إيقاعه ؛ لأن القاعدة : أن كل من ملك شيئًا له أن يتولاه بنفسه وله أن يقيم غيره وكيلا عنه في ذلك الشيء [1] سواء كان الوكيل هو الزوجة أو غيرها فإن كان الزوجة وأمرها بأن توقع الطلاق على نفسها وعلى غيرها من ضرائرها كان هذا الأمر تفويضا بالنسبة لها وتوكيلا بالنسبة لغيرها وستعرف أحكام التفويض والفرق بينه وبين التوكيل في بابه فلو وكل رجل غيره في طلاق زوجته فلذلك الغير أن يطلقها ؛ لأنه استفاده ممن له ولاية الطلاق ، ولا شك أن للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير فليس له عزله إلا برضا ذلك الغير ؛ لأن الوكالة في الأصل من العقود الغير اللازمة ولكن لا ينعزل الوكيل في الطلاق إذا لم يكن بمال بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنًا أو رجعيا ، فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة فإذا انقضت عدتها انعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لم يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائنًا فإنه لو طلقها الوكيل وقع الطلاق [2] .

---

(١) قاعدة : إن كل من ملك شيئًا له أن يتولاه بنفسه وله أن يقيم غيره وكيلًا عنه في ذلك الشيء .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٨٦) : محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٤) : محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح .

(مادة ٢٢٣)

مَحَلُّ الطَّلَاقِ : الْمَرْأَةُ الْمَنْكُوحَةُ ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ ، أَوْ بَائِنٍ غَيْرِ ثَلَاثٍ لِلْحُرَّةِ ، وَالْمُعْتَدَّةُ لِفُرْقَةٍ هِيَ طَلَاقٌ كَالْفُرْقَةِ بِالإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ لِفَسْخٍ بِإِبَاءِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الإِسْلَامَ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٣٤/٣ ، ١٣٥) : « المرأة لا تخلو إما أن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع فإن كانت معتدة من طلاق رجعي يقع الطلاق عليها ، سواء كان صريحًا أو كناية لقيام الملك من كل وجه ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ، ولهذا يصح ظهاره وإيلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الأحكام لا تصح إلا في الملك . وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهي المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا .

وقال الشافعي : لا يلحقها . وجه قوله : إن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة ، والملك قد زال بالخلع والإبانة ، وإزالة الزائل محال ولهذا لم يصح الخلع والإبانة ، ولنا ما روي عن رسول الله ﷺ : أنه قال : « المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة » ؛ وهذا نص في الباب ولأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلًا للطلاق ؛ لأن حكم الطلاق إن كان ما ينبئ عنه اللفظ لغة - وهو الانطلاق والتخلي وزوال القيد - فهي محل لذلك ؛ لأنها مقيدة في حال العدة لأنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر ، والقيد هو المنع وإن كان ما لا ينبئ عنه اللفظ لغة - وهو زوال حل المحلية شرعًا - فحل المحلية قائم ؛ لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين أن قوله : - الطلاق تصرف في الملك بالإزالة - غير سديد ؛ لأن زوال الملك لا ينبئ عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعًا ألا ترى أن الطلاق الرجعي واقع . ولا يزول الملك بالإجماع ، ولو راجعها لا ينعدم الطلاق ، بل يبقى أثره في حق زوال المحلية وإن انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الإبانة ؛ لأنها إزالة الملك والملك دليل . وأما الكناية فهل يلحقها ، ينظر إن كانت رجعية ، وهي ألفاظ : وهي قوله : اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف أنه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدي لا يلحقها شيء . وجه هذه الرواية أن هذه كناية ، والكناية لا تعمل إلا في حال قيام الملك كسائر الكنايات وجه ظاهر الرواية أن الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والإبانة في العدة كالصريح .

وإن كانت بائنة كقوله : أنت بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف ؛ لأن الإبانة قطع الوصلة ، والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيًا بخلاف الطلاق ؛ لأنه إزالة القيد وإزالة حل المحلية ، وكل ذلك قائم ؛ ولأنه لا يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الإخبار لأن المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الإنشاء ؛ لأن إبانة المبان محال فيصحح بطريق الإخبار ؛ لأنه يكون كذبا فيصحح بطريق الإنشاء ؛ ولأن الإبانة تحريم شرعًا ، وهي محرمة وتحريم المحرم محال ، وسواء نجز الإبانة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بأن قال لها في العدة : إن دخلت هذه الدار فأنت بائن ، ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق ؛ =

١٢١٨ - ومحل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائما بينها وبين زوجها بأن لم يحصل من الزوج طلاق أصلًا أو حصل ولكن أعادها إليه بعده والمرأة المعتدة أي التي أوقع عليها زوجها طلاقًا ولكن عدة الطلاق لم تنقض ، فالمرأة الأجنبية ليست محلًا للطلاق فإذا قال رجل لأجنبية منه أنت طالق ثم تزوجها بعد ذلك فلا يحتسب عليه هذا الطلاق فيملك عليها ثلاث طلقات- وهذا بالنسبة للطلاق المنجز فإن كان معلقًا فأما أن يكون تعليقه على سبب الملك وهو التزوج أو على غيره .

١٢١٩ - فإن كان الأول كما إذا قال رجل لأجنبية منه : إذا تزوجتك فأنت طالق صح هذا التعليق ويقع الطلاق بتزوجها .

١٢٢٠ - وإن كان الثاني كما إذا قال لأجنبية : إن كلمت فلانا فأنت طالق فتزوجها وكلمت فلانا فلا يقع الطلاق ، وستعرف هذه المسألة مفصلة والخلاف فيها بين الأئمة في الفصل الثالث في تعليق الطلاق .

١٢٢١ - فإن كان الزواج قائما بينهما فلا كلام في وقوع الطلاق وأما إذا كانت المرأة معتدة لطلاق أو لفرقة ففيه تفصيل وبيانه أن المرأة إن كانت معتدة لطلاق فإما أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنًا وإن كان بائنا فإما أن يكون بينونة صغرى أو كبرى .

١٢٢٢ - فإن كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى يكون محلًا للطلاق فلو طلقها وهي في العدة وقع عليها طلاق ثان ، وإن كانت معتدة بائن بينونة كبرى فلا

= لأن الإبانة قطع الوصلة فلا ينعقد إلا في حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا ينعقد ، ولو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم أبانها أو خالعها ثم دخلت الدار وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط في قول أصحابنا الثلاثة .

وقال زفر : لا يقع ويبطل التعليق وجه قوله : إن التعليق بالشرط يصير تنجيزا عند الشرط تقديرًا ، ولو نجز الإبانة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك . ولنا أن التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانعقد موجبًا للبينونة وزال الملك عند وجود الشرط من كل وجه ، إلا أن الإبانة الطارئة أوجبت زوال الملك من وجه للحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من أن يكون سببا لزوال الملك عند الشرط من كل وجه ؛ لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز ، فبقي سببا لزوال الملك من وجه ، وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الإمكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وإبطال الآخر ، بخلاف تنجيز الإبانة على المعتدة المبانة وتعليقها أنهما لا يصحان ؛ لأن ثمة الملك وقت التنجيز ، والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام العدة يوجب الصحة ، وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم تعرف صحته إذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسألتنا ؛ لأنه وقع صحيحًا بيقين لقيام الملك من كل وجه ، فتنجيز الإبانة المعترضة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين » .

تكون محلا للطلاق فلو أوقع عليها طلاقًا في هذه الحالة يقع لأن الطلاق الذي يملكه بهذا التزوج قد انتهى- والبينونة الكبرى تختلف لأن المرأة إما أن تكون حرة أو رقيقة ، فإن كانت حرة فالبينونة الكبرى تكون بالطلاق الثلاث وإن كانت رقيقة تكون بطلقتين سواء كان زوج كل منهما حرا أو رقيقًا ؛ لأن عدة الطلاق يعتبر بالنساء عند أبي حنيفة كما ستعرفه في المادة الآتية .

١٢٢٣ - وإن كانت معتدة لفرقة فإما أن تكون الفرقة طلاقًا أو فسخًا فإن كانت الفرقة طلاقًا كالفرقة بالإيلاء وهو الحلف على عدم قربان الزوجة أربعة اشهر بأن قال الرجل لامرأته : واللّه لا أقربك أربعة أشهر وبر في يمينه فبمضي الأشهر الأربعة تطلق المحلوف عليها طلاقا بائنا وتلزمها العدة فما دامت العدة لم تنقض تكون محلا للطلاق .

١٢٢٤ - ومثل الفرقة بالإيلاء الفرقة بالعنة فإذا تزوج رجل بامرأة ووجدته عنينا أي لا يمكنه إتيانها ورفعت الأمر إلى القاضي طالبة التفريق وأجله سنة ومضى الأجل ولم يحصل المقصود فعادت إلى القاضي شاكية وفرق بينهما بسبب العنة كانت هذه الفرقة طلاقًا لأنها آتية من قبل الزوج ويلزم المرأة العدة فما دامت فيها فهي محل للطلاق ، فلو أوقع عليها طلاقًا وقع ، فلو فرض أن المرأة رضيت بتزوجه بعد ذلك ولم تكن تزوجت بغيره فلا يملك عليها إلا طلقة واحدة ؛ لأن الفرقة بالعنة طلاق والطلاق الذي أوقعه عليها وهي في العدة واقع فصار الواقع طلقتين فلا يملك إلا طلقة واحدة فلو طلقها وهي في العدة طلقتين فقد بانت منه بينونة كبرى فليس له التزوج بها إلا بعد التزوج بغيره ومثل الفرقة بالعنة التفريق بالجب ، وإن كانت الفرقة فسخًا فإما أن تكون الحرمة التي ترتبت على هذا الفسخ مؤبدة أو مؤقتة فإن كانت مؤبدة كما إذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج مثلا فلا يلحقها الطلاق ؛ لأنه لا فائدة حينئذٍ في اعتباره ، وإن كانت مؤقتة كما إذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج وكانت المرأة غير كتابية وامتنعت عن الدخول في دين سماوي ففرق القاضي بينهما فما دامت في العدة تكون محلا للطلاق فإن كانت المرأة هي التي أسلمت وامتنع الزوج عن الإسلام وفرق بينهما كانت الفرقة طلاقًا لا فسخًا فكان عليه أن يقول في المادة أو فسخًا بإباء الزوجة الإسلام ؛ لأن الفرقة بإباء الزوج طلاق لا فسخ وإن كانت المرأة محلًّا للطلاق فيها إلا أن الكلام في الفرقة التي هي فسخ ومثل هذه المعتدة لفرقة سببها ارتداد أحد الزوجين فإنها تكون محلًّا للطلاق .

١٢٢٥ - ولا يلحق الطلاق المعتدة لفرقة هي فسخ في غير هاتين الفرقتين كالفسخ لخيار البلوغ فإذا زوج الصغيرة غير الأب والجد بكفء وبمهر المثل صح الزواج ونفذ

ولكنه غير لازم بل لها أن تختار نفسها عند البلوغ فإذا حصل فلا تكون محلًّا للطلاق ولو في العدة وهذا هو الذي ارتضاه في البحر في أول كتاب الطلاق عند الكلام على محله .

١٢٢٦ - ومثل هذا الفسخ بنقصان المهر فإذا زوجت المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد بكفء وبأقل من مهر المثل واعترض العاصب على هذا العقد ورفع الأمر إلى القاضي ولم يرض الزوج بتتميم مهر المثل وفسخ العقد فلا تكون محلًّا لإيقاع الطلاق .

١٢٢٧ - والفرق بين الفرقة التي هي طلاق والفرقة التي هي فسخ أن الأولى ينقص عدد الطلاق بخلاف الثانية فإذا فرض وتراضى الزوجان على التزوج بعد الفرقة ففي الأولى يملك عليها طلقتين وفي الثانية يملك ثلاثا إذا لم يكن حصل منه طلاق أصلًا .

١٢٢٨ - ولا يخفى أن هذا إنما هو بالنسبة لغير الفرقة التي تحرم المرأة على التأبيد أما فيها فلا يحل التزوج بها أصلًا فصار حاصل ما تقدم أن محل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائما بينها وبين زوجها والمعتدة فالأولى محل للطلاق بلا تفصيل وأما المعتدة فأما أن تكون معتدة لطلاق أو لفرقة والمعتدة لطلاق إما أن يكون طلاقها رجعيا أو بائنًا ، والبائن إما أن يكون بينونة كبرى أو صغرى فالمعتدة لطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى محل للطلاق والمعتدة لبائن بينونة كبرى ليست محلا للطلاق والمعتدة لفرقة إما أن تكون فرقتها طلاقًا أو فسخًا فإن كانت طلاقًا فهي محل له وإن كانت فسخًا فإما أن تثبت حرمة مؤبدة أو مؤقتة فإن أثبتت حرمة مؤبدة فلا تكون محلًّا للطلاق وإن أثبتت حرمة مؤقتة كانت محلًّا للطلاق إذا كانت الفرقة بإباء الزوجة الإسلام أو ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩١) : يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تعدد الطلاق : المادة (٨٥) : يملك الزوج زوجته ثلاث طلقات متفرقات في ثلاثة مجالس .

(مادة ٢٢٤)

عَدَدُ الطَّلَاقِ يُعْتَبَرُ بِالنِّسَاءِ ، فَطَلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثٌ مُتَفَرِّقَاتٌ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا ، أَوْ غَيْرُ مُتَفَرِّقَاتٍ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا أَمْ لا . فَلاَ تَحِلُّ لِمُطَلِّقِهَا بَعْدَ الثَّلَاثِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وَيُفَارِقَهَا بَعْدَ الْوَطْءِ فِي الْقُبُلِ ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/٨٨ - ٩١) : « أصناف النساء وهن في الأصل على صنفين : حرائر ، وإماء . وكل صنف على صنفين : حائلات ، وحاملات . والحائلات على صنفين : ذوات الإقراء ، وذوات الأشهر . إذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق : أحسن الطلاق في ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا في حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة وإن كانت أمة حيضتان .

والأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال : كان أصحاب رسول الله ﷺ يستحسنون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة ، وفي رواية أخرى قال في الحكاية عنهم : وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة في ثلاثة أطهار ، وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب ولأن الكراهة لمكان احتمال الندم ، والطلاق في طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لأن الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة . والفحل لا يطلق امرأته في زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق ، فالظاهر أنه لا يلحقه الندم فكان طلاق لحاجة فكان مسنونا ، ولو لحقه الندم فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث في ثلاثة أطهار فكان أحسن ، وإنما شرطا أن يكون في طهر لا طلاق فيه ؛ لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طهر واحد مكروه عندنا وإنما شرطنا أن لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق ؛ لأنه إذا جامعها في حيض هذا الطهر احتمل أنه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر أنه طلق لا لحاجة وإذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لأن تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا إذا طلقها في الحيض ثم طهرت . وأما في الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع ؛ لأن الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة ، لا لاحتمال الحبل ، فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر أنه لا يندم ، وكذلك في ذوات الشهر من الآيسة والصغيرة الأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان عقيب طهر جامعها فيه . وهذا قول أصحابنا الثلاثة .

وقال زفر : يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة وبين جماعهما بشهر وجه قوله : إن الشهر في حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطء وبين الطلاق بحيضة ، فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين . ولنا أن كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد الجماع فيه في ذوات الأقراء لاحتمال أن تحبل بالجماع فيندم ، وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة وإن وجد الجماع ؛ ولأن الإياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة في ذوات الأقراء فلما جاز =

= الإيقاع ثمة عقيب الحيضة فلأن يجوز هنا عقيب الجماع أولى .

وأما الحسن في الحرة التي هي ذات القرء أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لا جماع فيها بأن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ، ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وإن كانت أمة طلقها واحدة ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وهذا قول عامة العلماء . وقال مالك : لا أعرف طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها . وجه قوله : إن الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة ، والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث تطليقا من غير حاجة فيكره لهذا أكره الجمع كذا التفريق إذ كل ذلك طلاق من غير حاجة (ولنا) قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أي ثلاثا في ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله ﷺ فإنه روي أن عبد الله بن عمر ﵄ طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ : « أخطأت السنة ما هكذا أمرك ربك إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالًا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » . فسر رسول الله ﷺ الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة أطهار ، والله ﷻ أمر به وأدنى درجات الأمر الندب ، والمندوب إليه يكون حسنا ؛ ولأن رسول الله ﷺ نص على كونه سنة حيث قال : « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالًا فتطلقها لكل طهر تطليقة » والدليل عليه ما روي عن إبراهيم النخعي في حكايته عن الصحابة ﵃ أجمعين ، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في ثلاثة أطهار وإذا كان ذلك أحسن من هذا كان هذا حسنًا في نفسه ضرورة .

وأما قوله : إن الثانية والثالثة تطليق من غير حاجة فممنوع ، فإن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له أن نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا ودينًا لكن يميل قلبه إليها لحسن ظاهرها فيحتاج إلى الحسم على وجه ينسد باب الوصول إليها ولا يلحقه الندم غلا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة ؛ لأنها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج إلى إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار ، فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها ، فإن لم يمكنه راجعها وإن أمكنه طلقها تطليقة أخرى في الطهر الثاني ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهرًا أو غالبًا ، فكان إيقاع الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث طلاقًا لحاجة فكان مسنونًا على أن الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمرًا باطنًا لا يوقف عليه إلا بدليل فيقام الطهر الخالي عن الجماع مقام الحاجة إلى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فيبنى الحكم عليه ، ثم إذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حرة لأن العدة بالحيض عندنا ، وبقيت حيضة واحدة فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وإن كانت أمة فإن وقع عليها تطليقتان في طهرين فقد مضت من عدتها حيضة وبقيت حيضة واحدة فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها .

وإن كانت من ذوات الأشهر طلقها واحدة رجعية وإذا مضى شهر طلقها أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقها أخرى ثم إذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها فإذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها وإن كانت أمة ووقع عليها تطليقتان في شهر وبقي من عدتها نصف شهر =

= فإذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وإن كانت حاملًا فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف يطلقها ثلاثا للسنة ويفصل بين كل طلاقيها بشهر .

وقال محمد : لا يطلق الحامل للسنة إلا طلقة واحدة وهو قول زفر ، وذكر محمد رحمه الله في الأصل : بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم ولا خلاف في أن الممتد طهرها لا تطلق للسنة إلا واحدة وجه قول محمد وزفر : أن إباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة لأن كل قرء في ذوات الإقراء فصل من فصول العدة وكل شهر في الآيسة والصغيرة فصل من فصول العدة ، ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل بالشهر ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ شرع الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل أما شرعية طلقة وطلقة فبقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ لأن معناه دفعتان على ما نذكر إن شاء الله تعالى وشرعية الطلقة الثالثة بقوله عز وجل : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ أو بقوله عز وجل : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ من غير فصل ؛ ولأن الحامل ليست من ذوات الأقراء فيفصل بين طلاقيها بشهر كالآيسة والصغيرة ، والجامع أن الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في العادة فيكون زمان تجدد الحاجة ، وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل .

فأما كون الشهر فصلًا من فصول العدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير ، إنما المؤثر ما ذكرنا فينبني الحكم عليه ، وما ذكر محمد رحمه الله في الأصل لا حجة له فيه ؛ لأن لفظ الحديث « أفضل طلاق الحامل أن يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها » وبه نقول : إن ذلك أفضل ولا كلام فيه وأما الممتد طهرها فإنما لا تطلق للسنة إلا واحدة لأنها من ذوات الأقراء لأنها قد رأت الدم وهي شابة لم تدخل في حد الإياس إلا أنه امتد طهرها لداء فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي أحكام ذوات الأقراء فيها ، ولا تطلق ذوات الأقراء في طهر لا جماع فيه للسنة إلا واحدة والله عز وجل أعلم ، ولو طلق امرأته تطليقة واحدة في طهر لا جماع فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله أن يطلقها في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة وزفر .

وقال أبو يوسف : لا يطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد ، وقول محمد مضطرب ذكره أبو جعفر الطحاوي مع قول أبي حنيفة وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف . ولو أبانها في طهر لم يجامعها ثم تزوجها فله أن يطلقها في ذلك الطهر بالإجماع (وجه) قول أبي يوسف : إن الطهر طهر واحد ، والجمع بين طلاقين في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة ، ولأبي حنيفة أنه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كأنه لم يكن في حق الحكم ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما إذا أبانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها ، وعلى هذا الخلاف إذا راجعها بالقبلة أو باللمس عن شهوة أو بالنظر إلى فرجها عن شهوة وعلى هذا الخلاف إذا أمسك الرجل امرأته بشهوة فقال لها في حال الملامسة بشهوة بأن كان أخذ بيدها لشهوة : أنت طالق ثلاثًا للسنة وذلك في طهر لم يجامعها فيه أنه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول أبي حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الأولى ويصير مراجعا لها بالإمساك عن شهوة ثم تقع الأخرى ويصير مراجعًا بالإمساك ، ثم تقع الثالثة . وعند أبي يوسف لا يقع عليها للسنة إلا واحدة ، والطلاقان الباقيان إنما يقعان في الطهرين الباقيين ، وهذا إذا راجعها بالقول أو بفعل =

= المس عن شهوة .
فأما إذا راجعها بالجماع بأن طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعًا لها ثم إذا أراد أن يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك بالإجماع ؛ لأن حكم الطلاق قد بطل بالمراجعة فبقي ذلك الطهر طهرًا مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز له أن يطلقها فيه ، هذا إذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه فإن حملت منه فله أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر ، وعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الأولى ، أبو يوسف يقول : هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسألة الأولى ، وهم يقولون : إن الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقته بالعدم وكراهة الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل ، فإذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكنه جامعها فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا .
ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعا ؛ لأنها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لأن الشهر في حقها بدل من الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل .
وأما إذا طلق امرأته وهي من ذوات الأقراء ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حتى تيأس في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف : لا يطلقها حتى يمضي شهر وجه قوله إن هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين ولأبي حنيفة أن حكم الحيض قد بطل باليأس وانتقل حالها من العدة بالحيض إلى العدة بالأشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهور إلى الحيض في حق الصغيرة ، وهذا التفريع إنما يتصور على الرواية التي قدرت للإياس حدًّا معلومًا خمسين سنة أو ستين سنة ، فإذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جاز له أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة لما ذكرنا . فأما على الرواية التي لم تقدر للإياس مدة معلومة وإنما علقته بالعادة فلا يتصور هذا التفريع .
ولو طلق امرأته في حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة .
وذكر الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الأصل قول أبي يوسف ومحمد وجه ما ذكر في الأصل : ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر ﷺ لما طلق ابنه عبد الله امرأته في حالة الحيض : « مر ابنك فليراجعها ثم يدعها إلى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم ليطلقها إن شاء طاهرًا من غير جماع » أمره ﷺ بترك الطلاق إلى غاية الطهر الثاني فدل أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الأول ولأن الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان إيقاع الطلاق فيها كإيقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ، ولو طلق في الطهر الذي يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي أن هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثاني .
وأما الحديث فقد روينا أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمر : « أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله تعالى إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالًا فتطلقها لكل طهر تطليقة » جعل ﷺ الطلاق في كل طهر طلاقًا على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الإيقاع فيه إيقاعًا على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الأحسن ؛ لأنه ﷺ أمر بالتطليقة الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه ، وهذا أحسن الطلاق ، وهذه الرواية على الحسن لأنه أمره بالثلاث في ثلاثة أطهار جمعًا بين الروايتين ؛ عملًا بهما ؛ جمعًا بقدر الإمكان .

١٢٢٩ - واتفقت كل الأئمة على أن عدد الطلاق ثلاث ولكنهم اختلفوا في اعتباره بالرجال أو بالنساء فقالت الأئمة الثلاثة يعتبر بالرجال وقال أبو حنيفة : يعتبر بالنساء وينبني على هذا الاختلاف أنه إذا تزوج حر رقيقة ملك عليها ثلاث طلقات على مذهب الأئمة الثلاثة لأن العبرة بالزوج وهو حر فيملك ثلاثًا ويملك عليها طلقتين عند أبي حنيفة لأن العبرة بالزوجة وهي رقيقة فيملك طلقتين ولو كان حرًا فإذا تزوج حر حرة أو رقيق رقيقة فإنه يملك في الأولى ثلاث طلقات وفي الثانية طلقتين ؛ لأن صفة الزوجين واحدة وهي الحرية في الأول والرق في الثاني ، فلا يختلف الحكم سواء اعتبرنا الطلاق بالرجال أو بالنساء .

١٢٣٠ - واستدلت الأئمة الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام : « **الطلاق بالرجال والعدة بالنساء** » (١) ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يتخصص كل واحد منهما بجنس على حدته ثم أنه اعتبر العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر أيضًا - واستدل أبو حنيفة بقوله عليه الصلاة والسلام : « **طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان** » (٢) ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكانت للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس أي جنس الأمة ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإماء ثنتين ولبعضهن ثلاثًا فلم تبق اللام للجنس وقد ثبت أنها له .

١٢٣١ - ولا يقال : يجوز أن يكون المراد بها الأمة التي تزوجها رقيق عملًا بالحديثين لأنا نقول لو كان كما ذكر لأفضى إلى أن تكون الهاء في وعدتها عائدة إليها فيكون تخصيصًا لها بكون عدتها حيضتين ؛ إذ لا مرجع للضمير سواها وهذا غير صحيح ؛ لأن الأمة عدتها حيضتان سواء كانت متزوجة بحر أو عبد بالاتفاق .

١٢٣٢ - وما رواه الأئمة الثلاثة موقوف على ابن عباس غير مرفوع للنبي عليه الصلاة والسلام وعلى تقدير رفعه فمعناه أن إيقاعه بالرجال دون عدده .

١٢٣٣ - والزوجة إما أن تكون مدخولًا بها أو غير مدخول بها فإن كان الأول

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطلاق حديث رقم (١٠٦٧) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٤٩٤٠) موقوفًا على زيد بن ثابت ، وفيه أيضًا (١٤٩٥٣) ، وفي المعجم الكبير (٩٦٧٩) موقوفًا على عبد الله بن مسعود ، ومصنف عبد الرزاق (١٢٩٥١) من قول سعيد بن المسيب . ولم نجده مرفوعًا . وينظر عون المعبود (١٨٤/٦) ، وتحفة الأحوذي (٣٠٢/٤) .

وطلقها الزوج ثلاثًا وقع هذا الطلاق سواء كانت الثلاث مجتمعات أي بكلمة واحدة كما إذا قال لها : أنت طالق ثلاثا أو متفرقات أي بكلمات متعددة كما إذا قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو أنت طالق طالق طالق .

١٢٣٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الزوجة غير مدخول بها فإن أوقع الثلاث بكلمة واحدة وقع الطلاق الثلاث وإن أوقعه متفرقًا كما في الأمثله المتقدمة فلا يقع إلا طلاق واحد فقد علمت من هذا أن الزوج متى أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة وقع سواء كانت المرأة مدخولا بها أو لا وأما إذا أوقعه بكلمات متفرقة فإن كانت مدخولًا بها وقع الثلاث أيضًا ، لكن بشرط أن يكون كل من الثاني والثالث حصل وهي في عدة الطلاق الأول وإن كانت غير مدخول بها فلا يقع إلا الأول .

١٢٣٥ - والفرق بينهما أن المدخول بها عليها العدة عقب الطلاق فإذا طلقها طلقة وقعت ولزمتها العدة فإذا أوقع عليها ثانية وثالثة وهي في العدة وقعت أيضًا ؛ لأن الطلاق صادف محله ، وهي المرأة المعتدة بخلاف غير المدخول بها فإنها لا عدة عليها فبمجرد قوله لها : أنت طالق بانت منه لا إلى عدة فإذا أوقع عليها ثانية فلا تقع ؛ لأن الطلاق لم يصادف محله إذ هي في هذه الحالة أجنبية منه لأنها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولا يتأتى هذا الفرق في صورة ما إذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ؛ لأنه في هذه الحالة يقع مرة واحدة فليس هناك سابق ولاحق حتى يقال : إن اللاحق صادفها وهي غير محل للطلاق فلا يقع ولا يقال أنه في قوله لها : أنت طالق ثلاثًا يقع واحدة ؛ لأنه بمجرد قوله لها أنت طالق وقع الطلاق فيلغو قوله ثلاثة ؛ لأنه صادفها وهي غير محل ؛ لأنا نقول القاعدة : إن الطلاق متى قرن بعدد أو وصف كان الوقوع بالعدد أو بالوصف [1] وينبني على هذه القاعدة أنه لو مات أحد الزوجين قبل العدد لغا الطلاق فيثبت المهر بتمامه ولو كان قبل الدخول ويرث أحدهما صاحبه فالوقوع بقوله ثلاثًا ، لا بقوله أنت طالق وعند عدمه يكون الوقوع بالصفة وفي أي حالة وقع فيها الطلاق الثلاث لا تحل المرأة للمطلق إلا بعد أن تتزوج بغيره بالشروط المعروفة سواء كانت مدخولًا بها أو غير مدخول بها [2] .

---

(١) قاعدة : إن الطلاق متى قرن بعدد أو وصف كان الوقوع بالعدد أو بالوصف .

(٢) **جاء في قانون الاحوال الشخصية القطري** : المادة (١١٢) يقع الطلاق :

أ - باللفظ الصريح أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .

ب - بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق .

(مادة ٢٢٥)

لَا يَصِحُّ وُقُوعُ الطَّلَاقِ إِلاَّ بِـ : صِيغَةٍ مَخْصُوصَةٍ ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

وَالصِّيَغُ الْمَخْصُوصَةُ بِالطَّلَاقِ : إِمَّا صَرِيحَةٌ ، أَوْ كِنَايَةٌ :

فَالصَّرِيحَةُ : هِيَ الْأَلْفَاظُ الْمُشْتَمِلَةُ عَلَى حُرُوفِ الطَّلَاقِ ، وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي غَلَبَ اسْتِعْمَالُهَا عُرْفًا فِي الطَّلَاقِ ، بِحَيْثُ لاَ تُسْتَعْمَلُ إِلاَّ فِيهِ بِأَيِّ لُغَةٍ مِنَ اللُّغَاتِ . وَمَا يَقُومُ مَقَامَ الصِّيغَةِ الصَّرِيحَةِ هِيَ : الْكِتَابَةُ الْمَرْسُومَةُ الْمُسْتَبِينَةُ ، وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ ، وَالْإِشَارَةُ إِلَى الْعَدَدِ بِالْأَصَابِعِ مَصْحُوبَةً بِلَفْظِ الطَّلَاقِ . وَبِمَا ذُكِرَ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِلاَ نِيَّةٍ ، إِنَّمَا لاَبُدَّ لِوُقُوعِهِ مِنْ إِضَافَةِ اللَّفْظِ إِلَى الْمَرْأَةِ الْمُرَادِ تَطْلِيقُهَا ، وَلَوْ الْإِضَافَةُ مَعْنَوِيَّةً .

وَالْكِنَايَةُ : هِيَ الْأَلْفَاظُ الَّتِي لَمْ تُوضَع لِلطَّلَاقِ ، وَتَحْتَمِلُهُ وَغَيْرَهُ . وَهَذِهِ لاَ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ دِلاَلَةِ الْحَالِ . وَيَقُومُ مَقَامَ صِيغَةِ الْكِنَايَةِ: الْكِتَابَةُ الْمُسْتَبِينَةُ الْغَيْرِ الْمَرْسُومَة ، فَتَتَوَقَّفُ عَلَى النِّيَّةِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/١٠١ - ١٠٩) : « الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع نوعان : صريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح ، وهو لفظ الطلاق أو التطليق مثل قوله : « أنت طالق » أو « أنت الطلاق ، أو طلقتك ، أو أنت مطلقة » مشددا ، سمي هذا النوع صريحًا ؛ لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم : صرح فلان بالأمر أي : كشفه وأوضحه ، وسمي البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الأبنية ، وهذه الألفاظ ظاهرة المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق ؛ إذ النية عملها في تعيين المبهم ولا إبهام فيها . وقال الله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ شرع الطلاق من غير شرط النية . وقال ﷻ : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ مطلقا . وقال ﷻ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ ، حكم ﷻ بزوال الحل مطلقًا عن شرط النية وروينا : « أن عبد الله بن عمر ﵄ لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو » . ولو كانت النية شرطا لسأله ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق ، فدل على وقوع الطلاق من غير نية ، ولو قال لها : أنت طالق ثم قال : أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا أن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضي في صرف الكلام عن ظاهره .

وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه ؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ، ولو قال : أنت طالق . وقال : أردت أنها طالق من العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل فقد نوى ما لا يحتمله لفظه أصلًا فلا يصدق أصلًا .

= وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال : أنت طالق . وقال : نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه ، ولو صرح فقال : أنت طالق من وثاق لم يقع في القضاء ؛ لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملًا فإذا صرح به يحمل عليه وإن صرح فقال : أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازًا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمله في الجملة وإن كان خلاف الظاهر ، وعلى قياس رواية الحسن ينبغي أن لا يقع أيضًا في القضاء ولو قال : أنت أطلق من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته إلا أن يكون جوابًا لمسألة الطلاق ؛ لأن لفظة أفعل ليست صريحة في الكلام ألا ترى أن من قال لآخر : أنت أزنى من فلان لم يكن قذفًا صريحًا حتى لا يجب الحد . ومعلوم أن صريح القذف يوجب الحد وإذا لم يكن صريحًا وقف على النية إلا إذا خرج جوابًا لسؤال الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال ، وكذا إذا قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نيته لما ذكرنا أن الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وإنما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحًا فوقف على النية .

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته : كوني طالقًا أو أطلقي . قال : أراه واقعًا ؛ لأن قوله : كوني ليس أمرًا حقيقة وإن كانت صيغته صيغة الأمر ، بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقًا كما في قوله تعالى : ﴿ كُن فَيَكُونُ ﴾ إن قوله : كن ليس بأمر حقيقة وإن كانت صيغته صيغة الأمر ، بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقًا إلا بالطلاق وكذا قوله : « اطلقي » وكذلك إذا قال لامرأته : كوني حرة أو عتقي ولو قال : يا مطلقة وقع عليها الطلاق ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق ، فإن قال : أردت به الشتم لا يصدق في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ؛ لأنه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفًا فكان عدولًا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله ، فقال : عنيت ذلك الطلاق دين في القضاء ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الإضافة إلى نفسه ، وقد تكون مطلقته وقد تكون مطلقة زوجها الأول ، فالنية صادفت محلها فصدق في القضاء ، وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له ، ولو قال لها : أنت طالق طالق أو قال : أنت طالق أنت طالق أو قال : قد طلقتك قد طلقتك ، أو قال : أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولا بها ؛ لأنه ذكر جملتين كل واحدة منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبرا ، والمحل قابل للوقوع ، ولو قال : عنيت بالثاني الإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء ؛ لأن هذه الألفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولًا عن الظاهر ، فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن صيغتها صيغة الإخبار ، ولو قال لامرأته : أنت طالق فقال له رجل : ما قلت ، فقال : طلقتها أو قال قلت : هي طالق فهي واحدة في القضاء ؛ لأن كلامه انصرف إلى الإخبار بقرينة الاستخبار .

وأما الطلاق بالفارسية فقد روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال في فارسي قال لامرأته : بهشتم إن زن ، أو قال : إن زن بهشتم ، أو قال : بهشتم لا يكون ذلك طلاقا إلا أن ينوي به الطلاق ؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت ، وقوله : خليت من كنايات الطلاق بالعربية ، فكذا هذا اللفظ إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين : أحدهما أنه قال : إذا نوى الطلاق بقوله : خليت يقع بائنا ، وإذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع =

....

= رجعيا ؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحًا في لغتهم ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك . والثاني قال : إن قوله : خليت في حال الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين في قوله إنه ما أراد به الطلاق ، وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقا حتى لو قال : ما أردت به الطلاق يدين في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال ، ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال : إن نوى بائنا يكون بائنا وإن نوى ثلاثًا يكون ثلاثًا كما لو قال : خليت ونوى البائن أو الثلاث ولو نوى ثنتين يكون واحدة ، كما في قوله : خليت إلا أن ههنا يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا . وقال أبو يوسف : إذا قال : بهشتم إن زن ، أو قال : إن زن بهشتم هي طالق نوى الطلاق أو لم ينو ويكون تطليقة رجعية ؛ لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ في لغتهم صريح قال : وإن قال : بهشتم ، ولم يقل : إن زن ، فإن قال : ذلك في حال سؤال الطلاق أو في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة ولا يدين إنه ما أراد به الطلاق في القضاء ، وإن قال في غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين في القضاء ؛ لأن معنى قولهم بهشتم خليت ، وليس في قوله : خليت إضافة إلى النكاح ولا إلى الزوجة فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال ، وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل إرادة الطلاق ظاهرًا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر قال : وإن نوى بائنًا فبائن .
وإن نوى ثلاثًا فثلاث ؛ لأن هذا اللفظ وإن كان صريحًا في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان محتملًا للبينونة والثلاث كلفظة التخلية ، فجاز أن يحمل عليه بالنية . وقال محمد – في قوله : بهشتم إن زن ، أو إن زن بهشتم – إن هذا صريح الطلاق كما قال أبو يوسف . وقال – في قوله : بهشتم إنه – إن كان في حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين ؛ إنه ما أراد به الطلاق ، وإن لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين ، سواء كان في حال الغضب أو الرضا ؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية : أنت مخلاة أو قد خليتك . وقال زفر : إذا قال بهشتم ونوى الطلاق بائنًا أو غير بائن فهو بائن وإن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى اثنتين فاثنتان وأجري هذه اللفظة مجرى قوله : خليت . ولو قال : خليتك ونوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو ، وإن نوى ثلاثًا يكون ثلاثًا ، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا . هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية ، والأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة ، مثل أن يقول في عرف ديارنا : دها كنم أو في عرف خراسان والعراق بهشتم ؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام والله أعلم . ولو قال لامرأته : أنت طالق ونوى به الإبانة فقد لغت نيته ؛ لأنه نوى تغيير الشرع لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا إلى ما بعد انقضاء العدة ، فإذا نوى إبانتها للحال معجلًا فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته وإن نوى ثلاثًا لغت نيته أيضًا في ظاهر الرواية .
وروي عن أبي حنيفة أنه تصح نيته وبه أخذ الشافعي وجه هذه الرواية أن قوله : « طالق » مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه ، يدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني ، ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل ولا يتصور الطالق بلا طلاق ، فكان الطلاق بائنا فصحت نية الثلاث منه ، كما لو نص على الطلاق فقال : أنت طالق طلاقًا ، وكما لو قال لها : أنت بائن ، ونوى الثلاث أنه تصح نية الثلاث لما قلنا ، كذا هذا .

= وجه ظاهر الرواية قوله ﷺ : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ ﴾ أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقًا من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو ، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل ، ولأنه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما إذا قال لها : اسقيني ونوى به الطلاق ، ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث ، وقوله : طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين : أحدهما أن طالق اسم للذات ، وذاتها واحد ، والواحد لا يحتمل العدد إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا ؛ لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب ، وهذا المقتضى غير متنوع في نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية . وذلك على الأصل المعهود في الثابت ضرورة أنه يتقدر بقدر الضرورة ، ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت فيه بخلاف ما إذا قال لها : أنت طالق طلاقًا ؛ لأن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتًا من جميع الوجوه فيثبت في حق قبول النية وبخلاف قوله : أنت بائن ؛ لأن البائن مقتضاه البينونة ، وإنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس ؛ يقال : جلس أي : قعد ويقال جلس أي : أتى نجدا فكان الجالس من الأسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس ، فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين ، فإذا نوى الثلاث فقد عين إحدى نوعي البينونة فصحت نيته ، وإذا لم يكن له لا يقع شيء لانعدام المعين بخلاف قوله : « طالق » لأنه مأخوذ من الطلاق ، والطلاق في نفسه لا يتنوع لأنه رفع القيد ، والقيد نوع واحد . والثاني : إن سلمنا أن الطلاق صار مذكورا على الإطلاق لكنه في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح ؛ والقيد في نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحدا ضرورة فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته ، فكان ينبغي أن لا يقع الثلاث أصلًا ؛ لأن وقوعه ثبت شرعًا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ، ولو قال : أنت طالق طلاقًا فإن لم تكن نية فهي واحدة وإن نوى ثلاثًا كان ثلاثًا ، كذا ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه لا يكون إلا واحدة .

وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكيد لما ذكرنا أن قوله : طالق يقتضي الطلاق فكان قوله : « طلاقًا » تنصيصًا على المصدر الذي اقتضاه الطالق فكان تأكيدًا كما يقال : قمت قيامًا وأكلت أكلًا ، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله : « طالق » فلا يقع إلا واحدة كما لو قال : أنت طالق ، ونوى به الثلاث . وجه ظاهر الروايات أن قوله : - « طلاقا » - مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق ؛ لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى : ﴿ لَّا تَدْعُوا۟ ٱلْيَوْمَ ثُبُورًا وَٰحِدًا وَٱدْعُوا۟ ثُبُورًا كَثِيرًا ﴾ وصف الثبور الذي هو مصدر بالكثرة ، والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته ، وإذا لم يكن له نية يحمل على الواحد ؛ لأنه متيقن ، وقد خرج الجواب عما سبق ؛ لأن الكلام إنما يحمل على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة ، وههنا أمكن على ما بينا ، ولو نوى اثنتين لا على التقسيم في قوله : طالق طلاقًا لا تصح نيته ؛ لأن لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ، ثم الشيء قد يكون واحدًا من حيث الذات ، وهو أن يكون ذاته واحدًا من النوع كزيد من الإنسان ، وقد يكون واحدًا من حيث النوع كالإنسان من الحيوان ، ولا توجد في الاثنين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عددًا محضًا فلا يحتمله لفظة الواحد بخلاف الثلاث فإنه واحد من حيث الجنس ؛ لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا النكاح ، وكل جنس من الأفعال يكون جنسًا واحدًا ألا ترى أنك متى عددت الأجناس تعده جنسًا واحدًا من الأجناس ، كالضرب يكون جنسًا واحدًا من سائر أجناس الفعل .

= وكذا الأكل والشرب ونحو ذلك ، ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما نذر ، ولو قال : أنت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته ؛ لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال : هذا الدرهم ضرب الأمير أي : مضروبه وهذا علم أبي حنيفة أي معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ، ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث ؛ لأن النية تتبع المذكور ، والمذكور يلازم الجنس ، ولو قال لها : أنت طالق بدون الألف واللام ، ذكر الطحاوي أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث ، وفرق بينه وبين قوله : أنت الطالق ، وذكر الجصاص : أن هذا الفرق لا يعرف له وجه إلا على الرواية التي روى عن أبي حنيفة في قوله : أنت طالق طلاقًا أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث .

فأما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله : أنت طالق الطلاق ، وبين قوله : أنت طالق طلاقًا ، فلا يتبين وجه الفرق بين قوله : أنت طلاق وبين قوله : أنت الطلاق . وحكي أن الكسائي سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر :

فَإِنْ تَرْفُقِي يا هندُ فالرفْقُ أيمنُ ... وإن تَخْرَقي يا هندُ فالخَرَق أشأمُ
فأنتِ طَلَاقٌ والطلاقُ عزيمةُ ... ثلاثُ ومن يَخْرَق أَعَقُّ وأظلمُ

فقال محمد ﷺ : إن قال : والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله أنت طلاق ، وصار قوله : والطلاق عزيمة ثلاث ابتداء وخبرًا غير متعلق بالأول ، وإن قال : والطلاق عزيمة ثلاثًا طلقت ثلاثًا ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة ؛ لأن الثلاث هي في الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائي جوابه .

وكذا لو قال : أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث ؛ لأنه ذكر المصدر وعرفه فاللام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق في هذا الملك وهو الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته إلا أن عند الإطلاق لا ينصرف إليه لقرينة تمنع من التصرف إليه على ما نذكره ، ولو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا أن الطلاق مصدر ، والمصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازمًا ، والاثنان عدد محض لا توجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد ، وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحيد ؛ لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك ، وكل الجنس جنس واحد بالإضافة إلى غيره من الأجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه وإن لم يكن له نية لا يقع إلا واحدة ؛ لأنه وإن عرف المصدر فاللام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف إلى الواحد بدلالة الحال ؛ لأن إيقاع الثلاث جملة محظور ، والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المحظور فانصرف إلى الواحد بقرينة وصار هذا كما إذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بني آدم أنه إن نوى كل جنس من هذه الأجناس صحت نيته ، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ، ولو قال : أردت بقولي أنت طالق واحدة ، وبقولي : الطلاق أو طلاقا أخرى صدق ؛ لأنه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح إيقاعًا تامًا ألا ترى أنه إذا قال لها : أنت طالق يقع الطلاق ، ولو قال : أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضا ، فإذا أراد ذلك صار كأنه قال لها : أنت طالق وطالق . ولو قال لامرأته : طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته حتى لو قالت : طلقت نفسي ثلاثًا كان ثلاثًا ؛ لأن المصدر يصير مذكورا في الأمر ؛ لأن معناه حصلي طلاقًا ، والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد لكونه متيقنا ، وإن نوى ثنتين لا يصح ؛ لأنه عدد محض فكان معنى التوحد فيه منعدما أصلًا ورأسًا ؛ فلا يحتمله صيغة واحدة ، ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة : قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثًا أو قال =

= قد جعلتها بائنًا اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال : أبو حنيفة : يكون ثلاثًا ويكون بائنًا .
وقال محمد : لا يكون ثلاثًا ولا بائنًا . وقال أبو يوسف : يكون بائنًا ولا يكون ثلاثًا . وجه قول محمد : أن الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة ؛ لأن تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى أنه لو طلقها ثلاثًا فجعلها واحدة لا تصير واحدة ، وكذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا .
وجه قول أبي يوسف أن التطليقة الرجعية يحتمل أن يلحقها البينونة في الجملة ألا يرى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضًا ، فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثًا أبدًا فلغا قوله : جعلتها ثلاثًا ولأبي حنيفة أنه يملك إيقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء فيملك إلحاقها بالبائنة ؛ لأنه يملك إنشاء الإبانة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتداء ، ومعنى « جعل الواحدة ثلاثا » أنه ألحق بها تطليقتين أخريين لا أنه جعل الواحد ثلاثا . وأما الكناية فنوعان : نوع هو كناية بنفسه وضعا ، ونوع هو ملحق بها شرعا في حق النية ، أما النوع الأول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله : أنت بائن ، أنت علي حرام ، خلية ، بريئة ، بتة ، أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي ، استبرئي رحمك ، أنت واحدة خليت سبيلك ، سرحتك ، حبلك على غاربك ، فارقتك ، خالعتك - ولم يذكر العوض - لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، لا نكاح لي عليك ، أنت حرة ، قومي ، اخرجي ، اغربي ، انطلقي ، انتقلي ، تقنعي ، استتري ، تزوجي ، ابتغي ، الأزواج ، الحقي بأهلك ، ونحو ذلك . سمي هذا النوع من الألفاظ كناية ؛ لأن الكناية في اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع ، وهذه الألفاظ مستترة المراد عند السامع فإن قوله : « بائن » يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير أو الشر ، وقوله : « حرام » يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والأكل ونحو ذلك ، وقوله : « خلية » مأخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر ، وقوله « بريئة » من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح ويحتمل البراءة من الخير أو الشر وقوله : « بتة » من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير أو عن الشر ، وقوله : « أمرك بيدك » يحتمل في الطلاق . ويحتمل في أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك ، وقوله : « اختاري » يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح ، وقوله : « اعتدي » أمر بالاعتداد وأنه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذي هو من العدد أي اعتدي نعمتي التي أنعمت عليك وقوله « استبرئي رحمك » أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وأنه كناية عن الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل استبرئي رحمك لأطلقك ، وقوله « أنت واحدة » يحتمل أن تكون الواحدة صفة الطلقة أي : طالق واحدة أي : طلقة واحدة ويحتمل التوحيد في الشرف أي : أنت واحدة في الشرف ، وقوله « خليت سبيلك » يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الأبوين أو لأمر آخر ، وقوله « سرحتك » يعني خليتك يقال : سرحت إبلي وخليتها بمعنى واحد ، وقولك حبلك على غاربك استعارة عن التخلية ؛ لأن الجمل إذا ألقي حبله على غاربه فقد خلي سبيله يذهب حيث شاء ، وقوله « فارقتك » يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة ، وقوله « خالعتك » ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك ، وقوله : « لا سبيل لي عليك » يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك .
وكذا قوله : « لا ملك لي عليك » يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع ونحو ذلك . وقوله : لا نكاح لي =

= عليك لأني قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك أي : لا أتزوجك إن طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك أي : لا أطؤك ؛ لأن النكاح يذكر بمعنى الوطء ، وقوله : أنت حرام يحتمل الخلوص عن ملك النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك وقوله : « قومي » واخرجي واذهبي يحتمل أي : افعلي ذلك لأنك قد طلقت . والمرأة إذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء ، ويحتمل التقيد عن نفسه مع بقاء النكاح ، وقوله : « اغربي » عبارة عن البعد أي : تباعدي فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك ، وقوله : انطلقي وانتقلي يحتمل الطلاق ؛ لأنها تنطلق وتنتقل عن بيت زوجها إذا طلقت ويحتمل الانطلاق والانتقال إلى بيت أبويها للزيارة ونحو ذلك وقوله : « تقنعي واستتري » أمر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق ؛ لأنها إذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها ، ويحتمل تقنعي واستتري أي : كوني متقنعة ومستورة لئلا يقع بصر أجنبي عليك ، وقوله : تزوجي يحتمل الطلاق إذ لا يحل لها التزوج بزوج آخر إلا بعد الطلاق ويحتمل تزوجي إن طلقتك .

وكذا قوله : ابتغي الأزواج . وقوله الحقي بأهلك يحتمل الطلاق لأن المرأة تلحق بأهلها إذا صارت مطلقة ، ويحتمل الطرد والإبعاد عن نفسه مع بقاء النكاح وإذا احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع ، فافتقرت إلى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه الجملة إلا في ثلاثة ألفاظ وهي قوله : سرحتك ، وفارقتك ، وأنت واحدة ، فقال أصحابنا : قوله : سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما إلا بقرينة النية كسائر الكنايات . وقال الشافعي : هما صريحان لا يفتقران إلى النية كسائر الألفاظ الصريحة ، وقوله : « أنت واحدة » من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وإن نوى (أما) المسألة الأولى فاحتج الشافعي بقوله ﷺ : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ . والتسريح هو التطليق وقوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ والمفارقة هي التطليق ، فقد سمى الله ﷻ الطلاق بثلاثة أسماء : الطلاق والسراح والفراق ، ولو قال لها : طلقتك كان صريحًا فكذا إذا قال : سرحتك أو فارقتك .

ولنا أن صريح الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا أن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه وفي غيره لا يكون ظاهر المراد ، بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال : سرحت إبلي وفارقت صديقي فكان كناية لا صريحًا فيفتقر إلى النية ولا حجة له في الآيتين لأنا نقول بموجبهما : إن السراح والفراق طلاق ، لكن بطريق الكناية لا صريحًا لانعدام معنى الصريح على ما بينا .

وأما المسألة الثانية فوجه قوله أن قوله : « أنت واحدة » صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله : أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك . ولنا أنه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتا لمصدر محذوف أي : طلقة واحدة وهذا شائع في اللغة يقال : أعطيته جزيلًا وضربته وجيعًا أي : عطاء جزيلًا وضربًا وجيعًا ؛ ولهذا يقع الرجعي عندنا دون البائن واختلف مشايخنا في محل الخلاف قال بعضهم : الخلاف فيما إذا قال « واحدة » بالوقف ولم يعرب . فأما إذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها لأنه إن رفعها لا يقع الطلاق بالإجماع ؛ لأنها حينئذٍ تكون صفة الشخص وإن نصبها يقع الطلاق بالإجماع ؛ لأنها حينئذ تكون نعتًا لمصدر محذوف على ما بينا فكان موضع الخلاف ما إذا وقفها ولم يعربها ويحتمل أن يقال : إن موضع الرفع محل الاختلاف أيضا ؛ لأن معنى قوله : أنت واحدة أي : أنت منفردة عن النكاح . وقال أكثر المشايخ : إن الخلاف في الكل ثابت ؛ لأن العوام =

= لا يهتدون إلى هذا ولا يميزون بين إعراب وإعراب ولا خلاف أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكناية إلا بالنية فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ذكر شيئا من ذلك ثم قال : ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه . وهل يدين في القضاء ، فالحال لا يخلو إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما أن كانت حالة الغضب والخصومة فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدين في القضاء في جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء . وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا : إن الكنايات أقسام ثلاثة : في قسم منها لا يدين في الحالين جميعا ؛ لأنه ما أراد به الطلاق لا في حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا في حالة الغضب والخصومة ، وفي قسم منها يدين في حال الخصومة والغضب ولا يدين في حال ذكر الطلاق وسؤاله ، وفي قسم منها يدين في الحالين جميعًا .

(أما) القسم الأول فخمسة ألفاظ : « أمرك بيدك » « اختاري » « اعتدي » « استبرئي رحمك » « أنت واحدة » ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشتم والتبعيد كما تصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق ، لكن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال إرادة الشتم والتبعيد فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهرًا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق إذا قال لامرأته : أنت طالق ثم قال : أردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضاء لما قلنا كذا هذا .

(وأما) القسم الثاني فخمسة ألفاظ أيضا خلية « بريئة » « بتة » « بائن » « حرام » ؛ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم ، فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشتم : أنت خلية من الخير ، بريئة من الإسلام ، بائن من الدين ، بتة من المروءة ، حرام أي مستخبث ، أو حرام الاجتماع والعشرة معك . وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملًا للطلاق وغيره ، فإذا عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذبه فيصدق في القضاء ولا يصدق في حال ذكر الطلاق ؛ لأن الحال لا يصلح إلا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتبعيد ، والحال لا يصلح للشتم فيدل على إرادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة الطلاق بدلالة الحال .

وروي عن أبي يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ الخمسة خمسة أخرى : لا سبيل لي عليك ، فارقتك ، خليت سبيلك ، لا ملك لي عليك ، بنت مني ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج : لا سبيل لي عليك لشرك وفارقتك في المكان لكراهة اجتماعي معك وخليت سبيلك وما أنت عليه ولا ملك لي عليك لأنك أقل من أن أتملكك وبنت مني لأنك بائن من الدين أو الخير وحال الغضب يصلح لهما ، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة .

(وأما) القسم الثالث فبقية الألفاظ التي ذكرناها ؛ لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال الطلاق ، فالحال لا يدل على إرادة أحدهما فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه ، والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء . وكذلك لو قال : وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها لأنها هنا تحتمل الطلاق ؛ لأن =

= المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها وتحتمل التبعيد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح . والحال لا يدل على إرادة أحدهما فبقي محتملاً ، وسواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك ، وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة إلى القبول .

وكذا إذا قال : وهبتك لأبيك أو لأمك أو للأزواج ؛ لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما ويملكها الأزواج بعد الطلاق فإن قال : وهبتك لأخيك أو لأختك أو لخالتك أو لعمتك أو لفلان الأجنبي لم يكن طلاقًا ؛ لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة ، ولو قال لامرأته : لست - لي بامرأة ، ولو قال لها : ما أنا بزوجك ، أو سئل فقيل له : هل لك امرأة ، فقال : لا فإن قال : أردت الكذب يصدق في الرضا والغضب جميعا ولا يقع الطلاق ، وإن قال : نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق ، وإن نوى ولو قال : لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالإجماع . وكذا إذا قال : والله ما أنت لي بامرأة أو قال : علي حجة ما أنت لي بامرأة أنه لا يقع الطلاق وإن نوى بالاتفاق . وجه قولهما : أن قوله : لست لي بامرأة أو لا مرأة لي أو ما أنا بزوجك كذب ؛ لأنه إخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما إذا قال : لم أتزوجك أو قال : والله ما أنت لي بامرأة ولأبي حنيفة أن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق فإنه يقول : لست لي بامرأة لأني قد طلقتك فكان محتملاً للطلاق ، وكل لفظ يحتمل الطلاق إذا نوى به الطلاق كان طلاقا كقوله : أنت بائن ونحو ذلك بخلاف لم أتزوجك ؛ لأنه لا يحتمل الطلاق لأنه نفي فعل التزوج أصلًا ورأسًا وأنه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله : والله ما أنت لي بامرأة ؛ لأن اليمين على النفي تتناول الماضي وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شيء ، ولو قال : لا حاجة لي فيك لا يقع الطلاق وإن نوى ؛ لأن عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية فإن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له إلى تزوجها فلم يكن ذلك دليلًا على انتفاء النكاح فلم يكن محتملاً للطلاق وقال محمد فيمن قال : لامرأته أفلحي يريد به الطلاق إنه يقع به الطلاق ؛ لأن قوله : أفلحي بمعنى اذهبي فإن العرب تقول للرجل : أفلح بخير أي : اذهب بخير ، ولو قال لها : اذهبي يريد به الطلاق كان طلاقا ، كذا هذا ويحتمل قوله : أفلحي أي : اظفري بمرادك يقال : أفلح الرجل إذا ظفر بمراده ، وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملاً للطلاق فإذا نوى به الطلاق صحت نيته ، ولو قال : فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق ؛ لأن فسخ النكاح نقضه فكان في معنى الإبانة .

ولو قال : وهبت لك طلاقا . وقال أردت به أن يكون الطلاق في يدك لا يصدق في القضاء ويقع الطلاق ؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك ، وهبة الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق ، وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق إياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للإزالة .

وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى أنه لا يقع به شيء ؛ لأن الهبة تمليك ، وتمليك الطلاق إياها هو أن يجعل إليها إيقاعه ، ويحتمل قوله : وهبت لك طلاقك أي : أعرضت عن إيقاعه فلا يقع به شيء ، ولو أراد أن يطلقها فقالت له : هب لي طلاقي تريد : أعرض عنه فقال : قد وهبت لك طلاقك يصدق في القضاء ؛ لأن الظاهر أنه أراد به ترك الإيقاع ؛ لأن السؤال وقع به فينصرف الجواب إليه ، ولو قال : تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك ، وهو يريد الطلاق وقع ؛ لأن ترك الطلاق وتخلية سبيله قد يكون بالإعراض عنه وقد يكون بإخراجه عن ملكه وذلك بإيقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ، فتصح نيته ، ولو قال : أعرضت عن =

= طلاقك أو صفحت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق ؛ لأن الإعراض عن الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه ، والصفح هو الإعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته . وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، مثل قوله : بارك الله عليك أو قال لها : أطعميني أو اسقيني ونحو ذلك ، ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له بأن قال لها : اذهبي وكلي ، أو قال اذهبي وبيعي الثوب ، ونوى الطلاق بقوله اذهبي ذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن في قول أبي يوسف : لا يكون طلاقا وفي قول زفر يكون طلاقًا . وجه قول زفر أنه ذكر لفظين : أحدهما يحتمل الطلاق والآخر لا يحتمله فيلغو ما لا يحتمله ويصح ما يحتمله ولأبي يوسف أن قوله : اذهبي مقرونا بقوله كلي أو بيعي لا يحتمل الطلاق ؛ لأن معناه اذهبي لتأكلي الطعام واذهبي لتبيعي الثوب ، والذهاب للأكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ، ولو نوى في شيء من الكنايات التي هي بوائن أن يكون ثلاثا مثل قوله : أنت بائن أو أنت علي حرام أو غير ذلك يكون ثلاثًا إلا في قوله : اختاري ؛ لأن البينونة نوعان : غليظة وخفيفة ، فالخفيفة هي التي تحل له المرأة بعد بينونتها بنكاح جديد بدون التزوج بزوج آخر ، والغليظة ما لا تحل له إلا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج آخر فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه ، والدليل عليه ما روي أن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البتة فاستحلفه رسول الله ﷺ ما أردت ثلاثًا فلو لم يكن اللفظ محتملًا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى .

وكذا قوله : أنت علي حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة فإذا نوى الثلاث فقد نوى إحدى نوعي الحرمة فتصح نيته وإن نوى ثنتين كانت واحدة في قول أصحابنا الثلاثة . وقال زفر : يقع ما نوى . وجه قوله : إن الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة : خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما ، ولو نوى أحد النوعين صحت نيته فكذا إذا نوى الثلاث ؛ لأن اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد . (ولنا) أن قوله : بائن أو حرام اسم للذات ، والذات واحدة فلا تحتمل العدد وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا في صريح الطلاق ولا توحد في الاثنين أصلًا ، بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع أن الحاصل بالثنتين ، والحاصل بالواحدة سواء ؛ لأن أثرهما في البينونة والحرمة سواء ألا ترى أنها تحل في كل واحدة منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج آخر ، فكان الثابت بهما بينونة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث في المعنى ، وعلى هذا قال أصحابنا : إنه إذا قال لزوجته الأمة : أنت بائن أو حرام ينوي الاثنتين يقع ما نوى ؛ لأن الاثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها فكان الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ، وقالوا : لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها : أنت بائن أو حرام ينوي اثنتين كانت واحدة ؛ لأن الاثنتين بأنفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة ؛ ألا ترى أنها لا تبين فالاثنتين بينونة غليظة بدونها ، ولو نوى بقوله اعتدي استبرئي رحمك وأنت واحدة ثلاثًا لم تصح ؛ لأن هذه الألفاظ في حكم الصريح ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كأنه قال : أنت طالق ونوى به الثلاث ولأن قوله : أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله : اعتدي واستبرئي رحمك ؛ لأن الواقع بكل واحدة منهما رجعي فصار كقوله : أنت واحدة . وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا ، بل أولى ؛ لأن الاثنتين عدد محض والله أعلم .

(فصل) : وأما النوع الثاني فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امرأته طالق فيسأل عن نيته ؛ فإن قال : نويت به الطلاق وقع ، وإن قال : لم أنو به الطلاق صدق في القضاء ؛ لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكتابة لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية وإن كتبت كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء =

= أو على الهواء فذلك ليس بشيء حتى لا يقع به الطلاق وإن نوى ؛ لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم ، وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل : أن يكتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق ، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق ، ولو قال : ما أردت به الطلاق أصلًا لا يصدق إلا أن يقول : نويت طلاقًا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين اللّٰه ﷻ ؛ لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى أن رسول اللّٰه ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثًا ، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب ؛ فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كأنه خاطبها بها بالطلاق عند الحضرة ، فقال لها : أنت طالق أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ، ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يعقله بشرط بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا أن كتابة قوله : أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها .

وإن علقه بشرط الوصول إليها بأن كتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل إليها ؛ لأنه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر ، وقالوا فيمن كتب كتابًا ، على وجه الرسالة وكتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وقد بقي منه كلام يسمى كتابًا ورسالة ، وقع الطلاق ؛ لوجود الشرط وهو وصول الكتاب إليها ، فإن محا ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وإن وصل ؛ لأن الشرط وصول الكتاب ولم يوجد ؛ لأن ما بقي منه لا يسمى كتابا فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق واللّٰه أعلم .

هذا الذي ذكرنا بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٦٩/٣ - ٢٧٢) : « (اللفظ : صريح) وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق فلا يحتاج إلى نية (وكناية) وهي ما يحتمل الطلاق وغيره فهي (تحتاج إلى نية فالصريح الطلاق والسراح) بفتح السين (والفراق) والخلع والمفاداة كما تقدم لاشتهارها في معنى الطلاق وورودها في القرآن مع تكرر بعضها فيه وإلحاق ما لم يتكرر منها بما تكرر بجامع استعمالهما فيما ذكر (كأنت طالق ومطلق) بالتشديد (ويا طالق ويا مطلقة) بالتشديد (أما مطلقة بالتخفيف فكناية) لاحتمالها الطلاق وغيره (وكذا أنت طالق أو الطلاق أو طلقة أو نصف طلقة أما أنت كل طلقة ونصف طالق فصريح) ليس أنت كل طلقة في نسخ الرافعي المعتمدة بل في السقيمة التي أخذ منها صاحب الروضة وتبعه المصنف إذ المسألة منقولة عن تهذيب البغوي والذي فيه كما نقله الرافعي في نسخه المعتمدة أن أنت نك طلقة بتقديم اللام على الكاف صريح أما أنت كل طلقة فالأوجه ما جرى عليه الإسنوي والزركشي أنه كناية كأنت طلقة (والفعل من لفظي الطلاق والسراح صريح) كفارقتك وسرحتك فهما كطلقتك (والمشتق منهما) كمفارقة ومسرحة (كالمشتق من الطلاق) أي كمطلقة (و) قوله : (أنت وطلقة أو وأنت والطلاق) أي قرنت بينكما (كناية) ولا معنى للواو والثانية في أو وأنت (وقوله أنت طالق من وثاق أو من العمل وسرحتك إلى كذا وفارقتك في المنزل) أي كل منها (كناية إن قارنه العزم على الزيادة) التي أتى بها (أو توسط لا إن بدا له بعد فقال من وثاق) أو نحوه فلا تكون كناية بل صريح فتأثير النية مشروط بالإتيان بها قبل الفراغ من لفظ الطلاق كما في الاستثناء وهذا يغني عنه ما يأتي أول الفصل الآتي . (وترجمة) لفظ (الطلاق بالعجمية صريح) لشهرة استعمالها في معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها ويفرق بينهما وبين عدم صراحة نحو حلال =

= الله علي حرام عند النووي بأنها موضوعة للطلاق بخصوصه بخلاف ذاك وإن اشتهر فيه (و) ترجمة (صاحبيه) أي الطلاق وهما الفراق والسراح (كناية) كذا صححه في الروضة وهو غير مطابق لقول الرافعي في ترجمتهما الوجهان في ترجمة الطلاق لكن بالترتيب وأولى بعدم الصراحة ؛ لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال في الطلاق ، قال الإمام وهو أظهر وبه أجاب الروياني في الحلية انتهى ، وعبارة الإمام هنا الظاهر أنه ليس بصريح وعبارة الروياني في حليته لا يكون صريحًا عندي وظاهره أن ذلك اختيار لهما ، فالمعتمد أنه صريح وبه جزم الجويني والغزالي وغيرهما ونقله الإمام وغيره في الخلع عن ظاهر المذهب وكلام المحرر يقتضيه وقد بسط الأذرعي الكلام على ذلك ، ثم قال : فالمذهب ما في المحرر لا ما في الروضة (و) قوله : (ألقيت عليك طلقة صريح وفي وضعت عليك) طلقة (أو لك طلقة) (وجهان) أحدهما أنه صريح لوجود لفظ الطلاق والثاني أنه كناية لأنه لم يتضمن إيقاعًا .

وقول القائل لك هذا الثوب يحتمل الإخبار عن الملك ويحتمل الهبة وقياس صراحة أوقعت عليك طلاقي ترجيح صراحة وضعت عليك طلقة ، وكلام الرافعي يميل إلى ترجيح صراحة لك طلقة والأوجه أنها كناية .

(يشترط في الكناية نية) بالإجماع (مقارنة) للفظ .

(ولو) كانت مقارنة (لبعض اللفظ) كفى ، والاكتفاء بالبعض ولو بآخره صحيحه في الروضة لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها ونقل في تنقيحه عن ابن الصلاح من غير مخالفة أنه يشترط مقارنتها لأول اللفظ فلا يكفي وجودها بعده إذ انعطافها على ما مضى بعيد بخلاف استصحاب ما وجد ؛ ولأنها إذا وجدت في أوله عرف قصده منه فالتحق بالصريح وهذا ما صححه الجرجاني والبغوي في تعليقه وغيرهما ، وقال ابن الرفعة : أنه الذي يقتضيه نص الأم قال في المهمات وبه الفتوى كما أشعر به كلام الشرحين وقال الماوردي بعد تصحيحه له أنه أشبه بمذهب الشافعي وصوبه الزركشي وصحح في أصل المنهاج اشتراط مقارنتها لجميع اللفظ ، وجرى عليه البلقيني واللفظ الذي يعتبر قرن النية به هو لفظ الكناية كما صرح به الماوردي والروياني والبندنيجي . فمثل الماوردي لقرنها بالأول بقرنها بالباء من بائن والآخران بقرنها بالخاء من خلية لكن مثل له الرافعي تبعًا لجماعة بقرنها بأنت من أنت بائن وصوب في المهمات الأول ؛ لأن الكلام في الكنايات وهو ظاهر لأن النية جعلت لصرف اللفظ إلى أحد محتملاته ، والمحتمل إنما هو بائن مثلًا وأما أنت فإنما يدل على المخاطب ، لكن أثبت ابن الرفعة في المسألة وجهين وأيد الاكتفاء بها عند أنت بما إذا أوقع أنت زمن الطهر ، وطالق زمن الحيض فإن ابن سريج قال : يكون الطلاق سنيًا ويحصل لها قرء انتهى ، والأوجه الاكتفاء بذلك لأن أنت وإن لم تكن جزءًا من الكناية فهو كالجزء منها ؛ لأن معناها المقصود لا يتأدى بدونه (وهي) أي الكناية (كأنت خلية) و (برية) أي مني و (بتة) و (بتلة) أي مقطوعة الوصلة و (بائن) من البين وهو الفراق . (وحرام ولو) مع علي أو (زاد) فيه (أبدا) فلا يصير بذلك صريحًا لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع وأنت (حرة) و (واحدة) و (اعتدي) أي لأني طلقتك وإن لم يدخل بها لأنها محل للعدة في الجملة (وتستري) أي لأنك حرمت علي بالطلاق فلا يحل لي أن أراك (واستبرئي زوجك) وإن لم يدخل بها و (التحقي بأهلك) بكسر الهمزة وفتح الحاء وقيل بالعكس أي لأني طلقتك سواء أكان لها أهل أم لا و (حبلك على غاربك) أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء وزمامه على غاربه وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العتق ليرعى كيف شاء (لا أنده سربك) أي لا أهتم بشأنك لأني طلقتك وأنده أزجر والسرب بفتح السين وسكون الراء ما يرعى من المال كالإبل ، وذكر المطرزي =

= أن السرب بكسر السين الجماعة من الظباء والبقر فيجوز كسر السين هنا أيضًا (واعزبي) بمهملة ثم زاي أي تباعدي عني . و (اغربي) بمعجمة ثم راء أي صيري غريبة بلا زوج و (اذهبي) أي إلى أهلك لأني طلقتك (لا اذهبي إلى بيت أبوي) فليس بكناية فلا يقع به طلاق (إن نواه بمجموعه) لأن قوله إلى بيت أبوي لا يحتمل الطلاق بل هو لاستدراك مقتضى قوله : اذهبي فإن نواه بقوله اذهبي وقع و (ودعيني) و (برئت منك ولا حاجة لي فيك) أي لأني طلقتك و (تجرعي) أي كأس الفراق و (ذوقي) أي مرارته و (تزودي) أي استعدي للحوق بأهلك فقد طلقتك (ويا بنتي إن أمكن) كونها بنته وإن كانت معلومة النسب من غيره كما لو قاله لأمته وإنما لم يكن صريحًا ؛ لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة (وتزوجي) وانكحي أي لأني طلقتك (وأحللتك) أي للأزواج لأني طلقتك (ورددت عليك الطلقات الثلاث) هذا كناية في الطلاق الثلاث فإن قال رددت عليك الطلاق فكناية في واحدة (وفتحت عليك الطلاق) أي أوقعته وفي نسخة الطريق وفي أخرى طريقي أي للوصلة إلى الأزواج (ولعل الله يسوق إليك الخير) أي بالطلاق (وبارك الله لك) أي في الفراق (لا إن قال) بارك الله (فيك) فليس بكناية لأن معناه بارك الله لي فيك وهو يشعر برغبته فيها (ووهبتك لأهلك أو للناس) أو لأبيك أو للأزواج أو للأجانب فهو كناية .

(وكذا حلال الله) أو حل الله (علي حرام) أو أنت علي حرام (ولو تعارفوه طلاقا) وإنما لم يكن صريحًا لأن الصريح إنما يؤخذ من القرآن وهذا ليس كذلك قال الزركشي ومثله فيما يظهر علي الحرام أو الحرم يلزمني لا أفعل كذا أو ما فعلت كذا (فلو حلف به وله نساء فحنث طلقت إحداهن) فقط (إن لم يرد الجميع) لأنه اليقين (فليعينها) كما لو حلف بغير ذلك فإن أراد الجميع وقع عليهن (وكلي) أي زاد الفراق (واشربي) أي شرابه (لا قومي وأغناك الله) ونحوهما من الألفاظ التي لا تحتمل الطلاق إلا بتعسف كأحسن الله جزاءك وما أحسن وجهك وتعالي واقربي واغزلي واقعدي .

(والعتق) أي صرائحه (وكناياته كنايات) في الطلاق كعكسه أي كما أن صرائح الطلاق وكناياته كنايات في العتق لما بين ملكي النكاح واليمين من المناسبة (لا) قوله (اعتد واستبرئ رحمك) إن قاله (للعبد) فليس بكناية فلا يقع به العتق وإن نواه لاستحالة ذلك في حقه ومثله الخنثى فيما يظهر (وأما) قوله (أنا منك طالق أو خلي أو بريء) أو نحوها (فكناية) إن نوى به طلاقها وقع لأن عليه حجرًا من جهتها حيث لا ينكح معها أختها ولا أربعًا فصح حمل إضافة الطلاق إليه على حل السبب المقتضي لهذا الحجر مع النية ، فاللفظ من حيث إضافته إلى غير محله كناية بخلاف قوله لعبده أنا منك حر ليس كناية كما سيأتي في بابه ؛ لأن الطلاق يحل النكاح وهو مشترك بين الزوجين والعتق يحل الرق وهو مختص بالعبد فإن لم ينو طلاقها لم تقع سواء أنوى أصل الطلاق أم طلاق نفسه أم لم ينو طلاقا لأنه إضافة إلى غير محله فلا بد في وقوعه من صرفه بالنية إلى محله وتصويرهم بما ذكر يقتضي اعتبار لفظة منك وكلام القاضي يقتضي عدم اعتبارها وجرى عليه في المهمات قال : ولهذا حذفها الدارمي (لا استبرئي رحمي منك) أو أنا معتد منك فليس بكناية لاستحالته في حقه (والظهار كناية في عتق الأمة) ، فلو قال لأمته أنت علي كظهر أمي ونوى العتق عتقت لأنه لا نفاذ للظهار فيها كما لا نفاذ للطلاق فيها وكل منهما يصلح كناية عن العتق (لا في الطلاق) إذ ليس الظهار كناية فيه (كعكسه) أي كما أن الطلاق ليس كناية في الظهار وإن احتمل كل منهما الآخر لما يشتركان فيه من إفادة التحريم وذلك لأنه يمكن تنفيذ كل منهما في موضوعه فلا يعدل عنه إلى غيره على القاعدة من أن ما كان صريحًا في بابه ووجد نفاذا في موضوعه لا يكون كناية في غيره ولا يشكل بأنت حرام من حيث إنه =

= صريح في وجوب الكفارة ومع ذلك لو نوى به الطلاق نفذ لأن هذا صريح اشتهار أو ما في القاعدة صريح وضعا على أن هذا ليس صريحًا في وجوب الكفارة حقيقة وإنما هو حكم رتبه الشرع على ذلك » .
قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٣٢٤ - ٣٢٦) : « واللفظ ينقسم إلى صريح وغيره . أما الصريح فما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كطلقتك أو أنا طالق منك أو أنت طالق أو مطلقة أو الطلاق له لازم وما أشبه ذلك مما ينطق به بالطلاق ، فيلزم بهذه الألفاظ الطلاق ولا يفتقر إلى نية . المتيطي : هذه الألفاظ يحكم فيها بواحدة ، نواها أو لم ينو شيئًا . وأما إن نوى الزيادة عليها فهو ما نواه ويحلف في قوله أنت الطلاق (لا منطلقة) القرافي : فإذا فرعنا على أن المراد هو الاشتهار العرفي فينبغي أن لا يكون الانطلاق صريحًا وإن كان فيه الطاء واللام والقاف ، وكذلك أطلقتك وانطلقت منك وانطلقي عني وأنت منطلقة (وتلزم واحدة إلا لنية أكثر) تقدم قبل قوله « لا منطلقة » (كاعتدي وصدق في نفيه إن دل بساط على العد) من المدونة : اعتدي طلاق بقدر ما نوى وإلا فواحدة إلا أن يكون جوابًا بالعدة دراهم ونحوه فلا شيء عليه (أو كانت موثقة وقالت أطلقني وإن لم تسأله فتأويلان) من المدونة قال مالك : يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ولا تنفعهم نياتهم في ذلك إلا أن يكون جوابًا لكلام قبله فلا شيء عليه .
ابن يونس : وقال مطرف : إذا كان في وثاق فقال أنت طالق يعني من الوثاق دينته ونويته . ابن يونس : ولا يخالف ذلك ابن القاسم إن شاء الله إذا سئل في تركها فقال : أنت طالق وقال : أردت من الوثاق ، ولأنه بساط جوابه . وأما لو كانت في وثاق فقال لها كلاما مبتدأ أنت طالق وقال نويت من الوثاق فهذه تحتمل أن لا ينويه .
ابن القاسم : ويخالف مطرفا في ذلك (والثلاث في بتة) . المتيطي : أما كنايات الطلاق المستعملة فيه فنحو : حبلك على غاربك وبائن ، وبرية ، أو حرام ، أو اعتدي ، أو أنت خلية ، أو أنت علي كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير ، أو قد فارقتك ، أو سرحتك ، أو خليت سبيلك ، أو اذهبي حيث شئت ، أو انظري لنفسك ، أو اعتزلي ، أو اخرجي ، أو ما أنت لي بامرأة ، أو لا سبيل لي عليك ، أو لا عصمة لي عليك ، أو لا حاجة لي بك ، أو قد وهبتك لنفسك أو لأهلك أو قال لهم شأنكم بها ، فهذه الكنايات كلها يستعملها المطلق فبأيها نطق ونوى به الطلاق وأراد به البتات فإنه يلزمه ، وإن نوى من الطلاق واحدة ، فإن كان قبل البناء فهو ما نوى إلا ألبتة ا هـ . انظر الفرق الواحد والستين والمائة من شهاب الدين أن لفظ الخلية والبرية والحرام إنما لزم به الثلاث بسبب العادة في ذلك الزمان فلا يحل للمفتي أن يفتي اليوم في هذه الألفاظ بالثلاث حتى يعلم أن ذلك لم ينوع فإن الفتيا بالحكم المبني على مدركه بعد زوال مدركه خلاف الإجماع . (وحبلك على غاربك) انظر هذا فقد تقدم للمتيطي أن له نيته فيه قبل الدخول بخلاف البتة ، وعزاه ابن يونس لابن المواز وظاهره أنه تفسير للمدونة (أو واحدة بائنة) اللخمي : المشهور في « أنت بائنة » أنه ثلاث وينوي قبل البناء لا بعده وهو مذهب المدونة ا هـ . انظر هذا أيضا فهو بخلاف البتة .
وعبارة ابن يونس إن قال لها بعد البناء أنت طالق واحدة بائنة فهي ثلاث ، وكذلك إذا قال لها ادخلي يريد بقوله ذلك واحدة بائنة فهي ثلاث . وسئل ابن رشد عمن نازعته زوجته فقال لها أنت طالق فعوتب على ذلك فقال : هي طالق ثلاثًا ثم يريد مراجعتها زاعما أن طلاقه الأول إنما أراد به المباراة ، فقال ابن رشد : يصدق إن أتى مستفتيًا » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٩٤ ، ٢٩٥) : « صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ ؛ الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وما تصرف منهن . وهذا مذهب الشافعي . وذهب أبو عبد الله بن حامد ، إلى أن صريح الطلاق =

= لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكًا يوقع الطلاق به بغير نية ؛ لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية . وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرًا ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته .

ووجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكانا صريحين فيه ، كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ وقال ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ وقال سبحانه ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ وقال سبحانه ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ وقول ابن حامد أصح ؛ فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره ، إلا احتمالاً بعيدًا ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرًا ، قال الله تعالى : ﴿ وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟ ﴾ وقال : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ ﴾ فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق ، على أن قوله ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ لم يرد به الطلاق ، وإنما هو ترك ارتجاعها ، وكذلك قوله ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق ، فإنه مختص بذلك ، سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة ، بخلاف الفراق والسراح . فعلى كلا القولين ، إذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق ، أو مطلقة ، وقع الطلاق من غير نية . وإن قال : فارقتك . أو : أنت مفارقة ، أو سرحتك ؛ أو أنت مسرحة . فمن يراه صريحًا أوقع به الطلاق من غير نية ، ومن لم يره صريحًا لم يوقعه به ، إلا أن ينويه .

فإن قال : أردت بقولي : فارقتك أي بجسمي ، أو بقلبي أو بمذهبي ، أو سرحتك من يدي ، أو شغلي ، أو من حبسي ، أو أي سرحت شعرك . قبل قوله . وإن قال : أردت بقولي : أنت طالق أي : من وثاقي . أو قال : أردت أن أقول : طلبتك . فسبق لساني ، فقلت : طلقتك . ونحو ذلك ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فمتى علم من نفسه ذلك ، لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه . قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله ، أنه إذا أراد أن يقول لزوجته : اسقيني ماء . فسبق لسانه فقال : أنت طالق ، أو أنت حرة . أنه لا طلاق فيه .

ونقل ابن منصور عنه ، أنه سئل عن رجل حلف ، فجرى على لسانه غير ما في قلبه ، فقال : أرجو أن يكون الأمر فيه واسعًا . وهل تقبل دعواه في الحكم ، ينظر ؛ فإن كان في حال الغضب ، أو سؤالها الطلاق ، لم يقبل في الحكم ؛ لأن لفظه ظاهر في الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل ، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن منصور ، وأبي الحارث ، أنه يقبل قوله . وهو قول جابر بن زيد ، والشعبي ، والحكم ، حكاه عنهم أبو حفص ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد ، فقيل : كما لو قال ؛ أنت طالق ، أنت طالق . وقال : أردت بالثانية إفهامها . وقال القاضي : فيه روايتان ، هذه التي ذكرنا ، قال : وهي ظاهر كلام أحمد . والثانية ، لا يقبل . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف ، فلم يقبل في الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال : زيوفًا ، أو صغارًا ، أو إلى شهر .

فأما إن صرح بذلك في اللفظ ، فقال : طلقتك من وثاقي ، أو فارقتك بجسمي ، أو سرحتك من يدي . فلا شك في أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه ، كالاستثناء والشرط . وذكر أبو بكر ، في قوله : أنت مطلقة . أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقًا ماضيًا ، أو من زوج كان قبله ، لم يكن عليه شيء ، وإن لم ينو شيئا ، فعلى قولين ؛ أحدهما يقع . والثاني ، لا يقع . وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه =

١٢٣٦ - والطلاق لا يقع بأي صيغة كانت بل لا يصح وقوعه إلا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق تنقسم إلى نوعين :

١٢٣٧ - **الأولى** : الصيغ الصريحة .

١٢٣٨ - **والثانية** : الكناية وكل من النوعين له شيء يقوم مقامه .

١٢٣٩ - فالصريحة هي ما ظهر المراد منها ظهورًا بينًا حتى صار مكشوفًا بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازًا ومنه سمي القصر المرتفع الأبنية بالصرح لظهوره . وهي بالنسبة للطلاق تنحصر في أمرين : الأول : الألفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الأصلية وهي الطاء واللام والقاف كطالق أو مطلقة أو طلقتك . الثاني : الألفاظ التي ليست مشتملة على أحرف الطلاق ولكن لا تستعمل عرفًا إلا فيه ولا شك أن هذا يختلف باختلاف العرف فإذا تعارف قوم إطلاق لفظ الحرام على الطلاق وصاروا لا يستعملونه عند إضافته إلى المرأة إلا في الطلاق وقال واحد منهم لزوجته : أنت علي حرام وقع الطلاق ولو قال لم أنوه لأن العرف قاض بذلك- والشيء الذي يقوم مقام الصيغة الصريحة هو :

١٢٤٠ - **أولًا** : الكتابة المرسومة المستبينة وقد عرفتها في شرح مادة (٢٢٢) .

١٢٤١ - **ثانيًا** : إشارة الأخرس وقد عرفتها في مادة (٢١٩) .

١٢٤٢ - **ثالثًا** : الإشارة إلى العدد بالأصابع مصحوبة بلفظة طلاق وحيث إن كل ما تقدم صريح أو ملحق به فبمجرد حصوله يقع الطلاق ولا يحتاج فيه إلى النية لما عرفته

= اللفظة غير صريحة ، في أحد القولين .

قال القاضي : والمنصوص عن أحمد ، أنه صريح ، وهو الصحيح ؛ لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق ، فكانت صريحة فيه ، كقوله : أنت طالق . (٥٨٥٢) فصل : فأما لفظة الإطلاق ، فليست صريحة في الطلاق ؛ لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ، ولا الاستعمال ، فأشبهت سائر كناياته . وذكر القاضي فيها احتمالًا ، أنها صريحة ؛ لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت ، نحو عظمته وأعظمته ، وكرمته وأكرمته . وليس هذا الذي ذكره بمطرد ؛ فإنهم يقولون : حييته من التحية ، وأحييته من الحياة ، وأصدقت المرأة صداقًا ، وصدقت حديثها تصديقا ، ويفرقون بين أقبل وقبل ، وأدبر ودبر ، وأبصر وبصر ، ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف ، فيقولون : حمل لما في البطن ، وبالكسر لما على الظهر ، والوقر بالفتح الثقل في الأذن ، وبالكسر لثقل الحمل . وها هنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره ، بالتضعيف في أحدهما ، والهمزة في الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحدا لقيل طلقت الأسيرين ، والفرس ، والطائر ، فهو طالق ، وطلقت الدابة ، فهي طالق ، ومطلقة . ولم يسمع هذا في كلامهم ، وهذا مذهب الشافعي » .

من تعريف الصريح المتقدم ولكن يشترط لوقوعه أمر أن الأول قصد إضافة لفظ الطلاق إليها كما إذا قال : امرأتي طالق أو زينب بنت فلان طالق وزوجته كذلك أو أشار إليها بهذه طالق أو خاطبها بقوله : أنت طالق فلو قرر مسائل الطلاق بحضرتها أو كتب ناقلًا من كتاب امرأتي طالق مع التلفظ أو حكى يمين غيره لم يقع أصلًا ما لم يقصد زوجته .

١٢٤٣ - الثاني أن يكون عالمًا بمعناه فإذا لقن الطلاق بلغة لا يعرفها فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع أصلا صيانة عن التلبيس .

١٢٤٤ - وأما الكناية فهي الألفاظ التي لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره كما إذا قال الرجل لزوجته : اعتدى أو : أنت بائن فإن كلا منهما ليس صريحًا في الطلاق بل يحتمله وغيره فإن الأول حقيقته أمر بالحساب فيحتمل أن يراد بها اعتداد نعم اللّٰه تعالى أو ما أنعم اللّٰه به تعالى عليها أو ما أنعم به عليها الزوج ويحتمل أن يراد بها الاعتداد من النكاح والثاني وهو لفظ بائن فلانة يحتمل البينونة عن وصلة النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات مثلًا - ولا يقع الطلاق بالكنايات بمجرد صدور لفظ منها بل يتوقف وقوع الطلاق بها على أحد أمرين :

١٢٤٥ - **الأول** : النية من الزوج .

١٢٤٦ - **الثاني** : دلالة الحال كأن يكون حال مذاكرة الطلاق لأن الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح .

١٢٤٧ - وما يقوم مقام الكناية هي الكتابة المستبينة الغير المرسومة وقد عرفت شرحها من مادة (٢٢٢) [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٣) : يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفًا دون حاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٥) : يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفًا دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٤) : كنايات الطلاق و هى ما تحتمل الطلاق و غيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

الفصل الثاني
في أقسام الطلاق

(مادة ٢٢٦)

الطَّلَاقُ قِسْمَانِ : رَجْعِيٌّ ، وَبَائِنٌ .

وَالْبَائِنُ نَوْعَانِ : بَائِنٌ بَيْنُونَة صُغْرَى ، وَبَائِنٌ بَيْنُونَة كُبْرَى ؛

فَالأَوَّلُ مِنَ النَّوْعَيْنِ : مَا كَانَ بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثِنْتَيْنِ ، وَالثَّانِي : مَا كَانَ بِالثَّلَاثِ ، وَيُسَمَّى : بَتًّا .

١٢٤٨ - الطلاق ينقسم انقساما أوّليا إلى قسمين : الأول رجعي والثاني بائن والبائن ينقسم إلى قسمين الأول بائن بينونة صغرى والثاني بائن بينونة كبرى وكل من الرجعي والبائن بينونة صغرى يكون بواحدة أو اثنتين ولكن لكل منهما ألفاظ مخصوصة ، كما ستعرفه إن شاء اللّٰه تعالى .

١٢٤٩ - والبائن بينونة كبرى لا يكون إلا بالثلاث وكما يقال للطلاق الثلاث بائن بينونة كبرى يقال له الطلاق البت ؛ لأن البت معناه القطع ولا شك أن الطلاق الثلاث يقطع الزوجية ويزيلها حتى لو أراد الزوج إرجاعها إليه فلابد من التزوج بغيره بخلاف الرجعي والبائن بينونة صغرى فإن له إرجاعها وإن لم تتزوج بغيره وإن كان في الأول ينفرد بمراجعتها ولا يتوقف على رضاها وفي الثاني يشترط رضاها وعقد ومهر جديدان [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٩٣) : الرجعة الصحيحة تكون في أثناء العدة بعد الطلاق الأول والثاني وأما الطلاق الثالث فتقع به البينونة الكبرى .

القسم الأول
في الطلاق الرجعي
وحكمه والرجعة

(مادة ٢٢٧)

يَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيًا بِصَرِيحِ لَفظِ الطَّلاَقِ ، إِذَا أُضِيفَ اللَّفظُ – وَلَوْ مَعْنًى – إِلَى الْمَرْأَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً ، غَيْرَ مَقْرُونٍ بِعِوَضٍ ، وَلاَ بَعَدَدِ الثَّلاَثِ لاَ نَصًّا وَلاَ إِشَارَةً ، وَلاَ مَنْعُوتًا بِنَعْتٍ حَقِيقِيٍّ، وَلاَ بِأَفْعَلِ التَّفْضِيلِ ، وَلاَ مُشَبَّهًا بِصِفَةٍ تَدُلُّ عَلَى الْبَيْنُونَةِ . فَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ : مُطَلَّقَةٌ ، أَوْ : طَلَّقْتُكِ . فَقَدَ أَوْقَعَ عَلَيْهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، سَوَاءٌ نَوَاهَا رَجْعِيَّةً أَوْ بَائِنَةً ، أَوَ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا (١) .

* * *

١٢٥٠ – قد عرفت من شرح مادة (٢٢٥) أن الطلاق لا يقع بأي صيغة كانت بل لابد لوقوعه من صيغة مخصوصة وعرفت أيضا أن الصيغ المخصوصة تنحصر في أمرين : الأول الصريح والثاني الكناية وهذا عام أي سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنًا ولكن لكل منهما ألفاظ مخصوصة من هذين الأمرين .

١٢٥١ – فاللفظ الصادر من الزوج إما أن يكون صريحًا أو كناية فإن كان صريحًا كما إذا قال زوجتي طالق وأضيف اللفظ إلى الزوجة ولو كانت الإضافة معنوية كالخطاب والإشارة وقع الطلاق رجعيًا ولكن بشروط .

١٢٥٢ – **الأول** : أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فإن لم تكن مدخولًا بها أصلًا وقع الطلاق بائنًا لأن كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول بها يكون بائنًا ولأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيها وإن لم ترض والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعيا بل بائنًا . أو كانت مدخولًا بها دخولًا حكميًا وهو الخلوة كان الطلاق بائنًا أيضًا فمن تزوج امرأة واختلى بها فقط وبعد ذلك أوقع عليها طلاقًا كان بائنًا بالنسبة لعدم الرجعة وإن كانت عليها العدة .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/ ١٠٩) : « الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصًّا ولا إشارةً ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف يدل عليها » .

١٢٥٣ - **الثاني** : أن يكون الطلاق غير مقرون بعوض فلو قرن به كان الطلاق بائنًا فإذا قال رجل لزوجته أنت طالق في نظير عشرين جنيها فقبلت المرأة ذلك وقع الطلاق بائنًا ولزمها دفع هذا المبلغ إلى الزوج وإنما كان هذا الطلاق بائنا ؛ لأن غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون إلا بالطلاق البائن لأن الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج على الزوجة إذ له إرجاعها إليه وإن لم ترض ما دامت في العدة .

١٢٥٤ - **الثالث** : أن يكون الطلاق غير مقرون بعدد الثلاث لا نصا ولا إشارة فإن قرن بعدد الثلاث نصا وقع الطلاق بائنًا بينونة كبرى فإذا قال لها : أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث ومثله إذا قرنه بعدد الثلاث إشارة كما إذا قال لها : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا إذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه الصلاة والسلام : « **الشهر هكذا وهكذا وهكذا** » [١] وأشار بأصابعه العشر يعني ثلاثين يومًا ثم قال : « **الشهر هكذا وهكذا وهكذا** » [٢] وخنس إبهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين يومًا فلو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والإشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للسنة والعرف فلو قال : نويت الإشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء ، وكذا لو قال : نويت الإشارة بالكف ؛ لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا بل قال : أنت طالق وأشار بثلاث أصابع وقع طلقة واحدة لأن الإشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فتلغو الإشارة.

١٢٥٥ - **الرابع** : أن يكون الطلاق غير منعوت سواء كان النعت حقيقيًا أو سببيًا فلو كان منعوتا فأما أن يدل النعت على البينونة أو لا يدل فإن دل على البينونة كما إذا قال لها : أنت طالق بائن أو البتة أو طلقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو فاحشة أو خبيثة أو أنت طالق طلقة شديدًا حكمها أو خبيثًا حكمها وقع الطلاق بائنًا.

١٢٥٦ - وإن لم يدل النعت على البينونة كما إذا قال لها : أنت طالق طلقة خفيفة أو حسنة أو لطيفة أو طلقة خفيفًا حكمها أو حسنا حكمها وقع الطلاق رجعيا .

١٢٥٧ - **الخامس** : أن يكون الطلاق غير منعوت بأفعل التفضيل فإن وصف به فإما

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق حديث رقم (٤٨٩٠) ، ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم (١٧٩٥) ، والنسائي في السنن كتاب الصيام حديث رقم (٢٠٩١) ، وأبو داود في السنن حديث رقم (١٩٧٥) .

(٢) انظر : السابق .

أن يدل على البينونة أو لا فإن دل عليها كما إذا قال أنت طالق أسوأ الطلاق أو أشده أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه أو أعظمه وقع الطلاق بائنًا .

١٢٥٨ - وإنما وقع الطلاق بائنًا ؛ لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتباره أثره وهو قطع النكاح حالًا بالنسبة للبائن ومؤجلًا بانقضاء العدة في الرجعي وأفعل التفضيل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة ؛ لأنه أفحش مما يثبت به مؤجلًا ، أعني الرجعي فصار كقوله : بائن .

١٢٥٩ - فإن لم يدل أفعل التفضيل على البينونة كما إذا قال لها : أنت طالق أحسن الطلاق أو أعذبه أو أخفه أو أفضله أو أجمله أو أعدله وقع الطلاق رجعيًا .

١٢٦٠ - **السادس** : أن يكون الطلاق غير مشبه بشيء فإن شبه وكان الشيء المشبه به يدل على العظم كما إذا قال لها : أنت طالق كالجبل أو مثل الجبل وقع الطلاق بائنًا ؛ لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيًا ؛ لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده فإن كان المشبه به لا يدل على العظم كالسمسمة مثلًا وقع الطلاق رجعيًا وقد حصل اختلاف في مسألة تشبيه الطلاق .

١٢٦١ - فقال أبو حنيفة إنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنًا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر ؛ لأن التشبيه يقتضي زيادة وصف .

١٢٦٢ - وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائنًا وإلا فهو رجعي أي شيء كان المشبه به ؛ لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة .

١٢٦٣ - وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنًا وإلا فهو رجعي ، وبعضهم يقول : محمد مع أبي حنيفة وبعضهم يقول مع أبي يوسف ؛ وثمرة الخلاف تظهر في قوله أنت طالق مثل سمسمة أو عظم سمسمة أو كالجبل أو عظم الجبل ففي الأول تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وزفر رجعية وفي الثاني تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر رجعية وفي الثالث بائنة عند أبي حنيفة وزفر رجعية عند أبي يوسف وفي الرابع بائنة اتفاقًا .

١٢٦٤ - وفي كل الأحوال التي يقع فيها الطلاق بائنا ولم يكن مصرحًا بالثلاث لا نصًا ولا إشارة يكون واحدة وإن لم ينو عددًا أو نوى ثنتين فإن نوى ثلاثا فكما نوى ؛ لأن الواقع بائن والبينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فتصح نية الغليظة .

١٢٦٥ - فإن قيل : ينبغي أن يقع بقوله : أنت طالق أفحش الطلاق أو أشده ثلاث

تطليقات من غير نية لأن هذه الصفة للتفضيل وبقوله شديدة أو فاحشة تقع واحدة بائنة فوجب أن يزيد على ذلك .

١٢٦٦ - قلنا : هذه الصفة مشتركة بين التفضيل وبين مطلق الزيادة ومطلق الإثبات قال اللّه تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ (١) وليس هناك من له حق غيره فتحمل الألفاظ على المتيقن إلا إذا كان له نية فيعمل بها ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه .

١٢٦٧ - والمستوفي لكل الشروط المتقدمة قول الرجل لزوجته أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك ، فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة لفظا منها فقد أوقع عليها طلقة واحدة رجعية وإن لم ينو الطلاق ؛ لأن كلا من هذه الألفاظ صريح في الطلاق ، وهو لا يحتاج إلى النية .

١٢٦٨ - والطلقة الواحدة المستوفية لما ذكر لا تغير بنية الزوج فإذا نوى بائنة أو أكثر من واحدة لغت نيته ولا يقع إلا طلقة واحدة رجعية ؛ لأنه إذا نوى الإبانة فقد قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة ؛ لأنه قصد تقديم ما أخره الشارع إلى وقته فيرد عليه قصده .

١٢٦٩ - وإذا نوى أكثر من واحدة فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فتلغو نيته وبيان ذلك أن قوله : أنت طالق خبر واقتضاؤه أن يكون صادقًا إن كان مطابقًا أو كاذبًا إن لم يكن مطابقا ، وأما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة ، وإنما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبًا والمقتضي لا عموم له لأن ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا لزوم إلى أزيد منها .

١٢٧٠ - ولا يرد على هذا ما إذا نوى بالبائن البينونة الكبرى فإنه تصح نيته ؛ لأن البينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحًا لهما فتعمل نيته ويدل على ذلك أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يسأل ابن سيدنا عمر هل أراد ثلاثا أو لا حين طلق امرأته في حال الحيض ولو كان من محتملات اللفظ لسأله كما سأل ركانة (٢) حين أبان امرأته فأجابه بأنه لم يرد به إلا واحدة .

---

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) هو : ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصي ابن كلاب بن مرة القرشي المطلبي ، وكان يقال لأبيه عبد يزيد المحض لا قذى فيه لأن أمه الشفاء بنت هاشم بن عبد مناف وأباه هاشم ابن المطلب وهذا ركانة هو الذي صارعه النبي ﷺ فصرعه النبي ﷺ مرتين أو ثلاثًا ، وكان من أشد قريش =

١٢٧١ – وقال الإمام الشافعي وزفر : يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم في اللغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فيقال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا فصار كالبائن بل أولى لأنه صريح والبائن كناية عنه ولهذا لو قال لأجنبي : طلقها أو قال لامرأته : طلقي نفسك ونوى الثلاث في الحالتين صحت نيته. وقول الشافعي وزفر هو الظاهر [١] .

(مادة ٢٢٨)

صِيغَتَا : عَلَيَّ الطَّلاَقُ ، وَالطَّلاَقُ يَلْزَمُنِي . يَقَعُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَوْ نَوَى ثِنْتَيْنِ . وَإِنْ نَوَى بِاللَّفْظِ ثَلاَثًا وَقَعْنَ [٢] .

= وهو من مسلمة الفتح وهو الذى طلق امرأته سهيمة بنت عويمر بالمدينة فأتى النبي ﷺ فقلت يا رسول الله : إني طلقت امرأتي البتة فقال : « ما أردت بها ؟ » قال واحدة . قال « الله ؟ » قال : الله . قال : « الله ؟ » قال فهو كما ذكرت . وله عن النبي ﷺ أحاديث ، وتوفي ركانة في خلافة عثمان ، وقيل : توفى سنة اثنتين وأربعين أخرجه الثلاثة . انظر: أسد الغابة (١٨٧/٢ : ١٨٨) .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٤) : كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل وما نص على كونه بائنًا في هذا القانون .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٤) : كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق الذي نص على انه بائن في هذا القانون .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة٥ : كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون نمره (٢٥) لسنة (١٩٢٠) .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٧) الطلاق نوعان : رجعي وبائن :

أ – الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة .

ب – الطلاق البائن ينهي عقد الزواج حين وقوعه وهو نوعان :

١) الطلاق البائن بينونة صغرى لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين .

٢) الطلاق البائن بينونة كبرى ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها دخولًا حقيقيا يعتد به شرعًا في زواج صحيح .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٢٥٣/٣) : « ومن الألفاظ المستعملة : الطلاق يلزمني ، والحرام يلزمني ، وعليَّ الطلاق ، وعليَّ الحرام فيقع بلا نية للعرف ، فلو لم يكن له امرأة يكون يمينًا فيكفر بالحنث تصحيح القدوري ، وكذا عليَّ الطلاق من ذراعي بحر » .

= وجاء في حاشيته رد المحتار : « (قوله فيقع بلا نية للعرف) أي فيكون صريحًا لا كناية ، بدليل عدم اشتراط النية وإن كان الواقع في لفظ الحرام البائن ؛ لأن الصريح قد يقع به البائن كما مرّ ، لكن في وقوع البائن به بحث سنذكره في باب الكنايات ، وإنما كان ما ذكره صريحًا لأنه صار فاشيًا في العرف في استعماله في الطلاق ، لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره ولا يحلف به إلا الرجال ، وقد مرّ أن الصريح ما غلب في العرف استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفًا إلا فيه من أي لغة كانت ، وهذا في عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحًا كما أفتى المتأخرون في أنت عليّ حرام بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية ، ولا ينافي ذلك ما يأتي من أنه لو قال : طلاقك عليّ لم يقع لأن ذاك عند عدم غلبة العرف .

وعلى هذا يحمل ما أفتى به العلامة أبو السعود أفندي مفتي الروم ، ومن أن عليّ الطلاق أو يلزمني الطلاق ليس بصريح ولا كناية : أي لأنه لم يتعارف في زمنه . ولذا قال المصنف في منحه : أنه في ديارنا صار العرف فاشيًا في استعماله في الطلاق لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الإفتاء به من غير نية ، كما هو الحكم في الحرام يلزمني وعلي الحرام ، وممن صرح بوقوع الطلاق به للتعارف الشيخ قاسم في تصحيحه ، وإفتاء أبي السعود مبني على عدم استعماله في ديارهم في الطلاق أصلًا كما لا يخفى . ا هـ . وما ذكره الشيخ قاسم ذكره قبله شيخه المحقق ابن الهمام في فتح القدير ، وتبعه في البحر والنهر . ولسيدي عبد الغني النابلسي رسالة في ذلك سماها [رفع الانغلاق في عليّ الطلاق] ونقل فيها الوقوع عن بقية المذاهب الثلاثة . أقول : وقد رأيت المسألة منقولة عندنا عن المتقدمين . ففي الذخيرة وعن ابن سلام فيمن قال : إن فعلت كذا فثلاث تطليقات عليّ أو قال عليّ واجبات يعتبر عادة أهل البلد ؛ هل غلب ذلك في أيمانهم ا هـ وكذا ذكرها السروجي في الغاية كما يأتي وما أفتى به في الخيرية من عدم الوقوع تبعًا لأبي السعود أفندي فقد رجع عنه وأفتى عقبه بخلافه ؛ وقال : أقول الحق . الوقوع به في هذا الزمان لاشتهاره في معنى التطليق ، فيجب الرجوع إليه والتعويل عليه عملًا بالاحتياط في أمر الفروج . ا هـ .

[تنبيه] عبارة المحقق ابن الهمام في الفتح هكذا : وقد تعورف في عرفنا في الحلف : الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجري عليهم ؛ لأنه صار بمنزلة قوله : إن فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله : عليّ الطلاق لا أفعل ا هـ . وهذا صريح في أنه تعليق في المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف وإن لم يكن فيه أداة تعليق صريحًا . ورأيت التصريح بأن ذلك معتبر في الفصل التاسع عشر من التتارخانية حيث قال : وفي الحاوي عن أبي الحسن الكرخي فيمن اتهم أنه لم يصل الغداة ، فقال : عبده حرٌّ أنه قد صلاها وقد تعارفوه شرطًا في لسانهم ، قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم ، كقوله : عبدي حرٌّ إن لم أكن صليت الغداة وصلاها لم يعتق كذا هنا . ا هـ .

وفي البزازية : وإن قال : أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار بمنزلة قوله عبده حر إن دخلت الدار لأضربنك ، فهذا رجل حلف بعتق عبده ليضربنها إن دخلت الدار ، فإن دخلت الدار لزمه أن يطلقها ، فإن مات أو ماتت فقد فات الشرط في آخر الحياة ا هـ . أي فيقع الطلاق كما في منية المفتي . قلت : فيصير بمنزلة قوله إن دخلت الدار ولم أطلقك فأنت طالق ، وإن دخلت =

= الدار ولم أضربك فعبدي حر ، وذكر الحنابلة في كتبهم : أنه جار مجرى القسم بمنزلة قوله : والله فعلت كذا . مطلب في قولهم عليَّ الطلاق عليَّ الحرام قال في النهر : ولو قال عليَّ الطلاق أو الطلاق يلزمني أو الحرام ، ولم يقل لا أفعل كذا لم أجده في كلامهم ا هـ وفي حواشي مسكين : وقد ظفر فيه شيخنا مصرحًا به في كلام الغاية للسروجي معزيًّا إلى المغني . ونصه الطلاق يلزمني أو لازم لي صريح ؛ لأنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله علي الطلاق ا هـ . ونقل السيد الحموي عن الغاية معزيًا إلى الجواهر : الطلاق لي لازم يقع بغير نية . ا هـ .

قلت : لكن يحتمل أن يكون مراد الغاية ما إذا ذكر المحلوف عليه لما علمت من أنه يراد به في العرف التعليق وأن قوله : عليَّ الطلاق لا أفعل كذا بمنزلة قوله : إن فعلت كذا فأنت طالق . فإذا لم يذكر لا أفعل كذا بقي قوله عليَّ الطلاق بدون تعليق والمتعارف استعماله في موضع التعليق بدون الإنشاء ، فإذا لم يتعارف استعماله في الإنشاء منجزًا لم يكن صريحًا فينبغي أن يكون على الخلاف الآتي فيما لو قال : طلاقك عليَّ ، ثم رأيت سيدي عبد الغني ذكر نحوه في رسالته . [تتمة] ينبغي أنه لو نوى الثلاث تصح نيته ؛ لأن الطلاق مذكور بلفظ المصدر ، وقد علمت صحتها فيه ، وكذا في قوله عليَّ حرام فقد صرحوا بأنه تصح نية الثلاث في أنت عليَّ حرام (قوله يكون يمينًا إلخ) يعني في صورة الحلف بالحرام ، فإنه المذكور في الذخيرة وغيرها .

ثم رأيت في البزازية قال في المواضع التي يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة والنسفي على أنه لا يلزم . ا هـ . مطلب في قوله علي الطلاق من ذراعي (قوله وكذا عليَّ الطلاق من ذراعي) هذا بحث لصاحب البحر أخذه مما مرَّ ، من أنه لو قال : أنت طالق من هذا العمل ولم يقرنه بالعدد وقع قضاء لا ديانة ، قال : فإنه يدل على الوقوع قضاء هنا بالأولى ورده العلامة المقدسي : بأنه في المقيس عليه خاطب المرأة التي هي محل للطلاق ثم ذكر العمل الذي لم تكن مقيدة به حسًّا ولا شرعًا فلم يصح صرف اللفظ في المعنى الشرعي المتعارف إلى غيره بلا دليل ، بخلاف المقيس ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله وهو ذراعه مع أنه إذا قال أنا منك طالق يلغو ا هـ . ملخصًا ، وذكر نحوه الخير الرملي . قلت : وقد يقال : ليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله ، لما مرَّ من أن قوله : عليَّ الطلاق لا أفعل كذا بمنزلة إن فعلت ، فأنت طالق فهو في العرف مضاف إلى المرأة معنى ، ولولا اعتبار الإضافة المذكورة لم يقع ، فكذلك صار هذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق من ذراعي فساوى المقيس عليه في الإضافة إلى المرأة .

وأيضًا فإن قوله أنا منك طالق فيه وصف الرجل بالطلاق صريحًا فلا يقع ؛ لأن الطلاق صفة للمرأة . وأما قوله : عليَّ الطلاق فإن معناه وقوع طلاق المرأة على الزوج فليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله بل إلى محله مع إضافة الوقوع إلى محله أيضًا ، فإنه شاع في كلامهم قولهم إذا قال كذا وقع عليه الطلاق ، نعم قال الخير الرملي : إن الحالف بقوله عليَّ الطلاق من ذراعي لا يريد به الزوجة قطعًا إذ عادة العوام الإعراض به عنها خشية الوقوع ، فيقولون تارة من ذراعي وتارة من كشتواني وتارة من مروتي ، وبعضهم يزيد بعد ذكره ؛ لأن النساء لا خير في ذكرهن . ا هـ . قلت : إن كان العرف كذلك فينبغي أن لا يتردد في عدم الوقوع ؛ لأنه أوقع الطلاق على ذراعه ونحوه لا على المرأة ثم قال الخير الرملي : اللهم إلا أن يقول : عليَّ الطلاق ثلاثًا من ذراعي فللقول بوقوعه وجه ، لأن ذكر الثلاث يعينه فتأمل . ا هـ » .

١٢٧٢ - فقد علم من ذلك أن الزوج متى أوقع الطلاق بصيغة اسم الفاعل مثل : أنت طالق ، أو بصيغة اسم المفعول مثل : أنت مطلقة ، أو بصيغة الفعل الماضي مثل : طلقتك ، فلا يقع عليه إلا طلقة واحدة رجعية ، ولو نوى الإبانة أو أكثر من واحدة .

= **قول الشافعية** : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٣٢٦/٣) : « وأما علي الطلاق ففي البحر عن المزني أنه كناية ، وفي شرح الكفاية للصيمري أنه صريح ، وأفتى ابن الصلاح بعدم الوقوع لكونها صيغة يمين ، وكذا حكى في المطلب عن الطوسي تلميذ ابن يحيى صاحب الغزالي أنه كان يفتي بعدم الوقوع ، وإن نوى في قول القائل الطلاق يلزمني ؛ لأنه التزام ما لا يلزمه ، وكان يقول الطلاق وضع لحل النكاح لا لليمين ، قال الزركشي بعد حكاية ذلك والحق الوقوع لاشتهاره في معنى الطلاق ، وكأنه لم يشتهر له في ذلك الزمان ، ونقل في شرح البهجة : أن الرافعي في كتاب الأيمان ، والنووي في النذر جزما بالصراحة في الطلاق لازم لي » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٥٩/٢ ، ٥٦٠) : « (ولفظه الصريح) الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ (الطلاق) كما لو قال : الطلاق يلزمني ، أو : عليَّ الطلاق أو : أنت الطلاق ، ونحو ذلك ، (وطلاق) بالتنكير أي : يلزمني ، أو : عليك ، أو : أنت طلاق ، أو : علي طلاق ، وسواء نطق بالمبتدأ كانت أو بالخبر كعلي أم لا ، لأنه مقدر والمقدر كالثابت ، (وطلقت) بالفعل الماضي والتاء مضمومة ، (وتطلقت) بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء أي مني أو أنت تطلقت ، (وطالق) اسم فاعل ، (ومطلقة) بفتح الطاء واللام مشددة اسم مفعول نحو أنت مطلقة . (لا مطلوقة ومنطلقة وانطلقي) : أي ليست هي من صريحه ولا من كناياته الظاهرة لاستعمالها في العرف في غير الطلاق ، بل من الكنايات الخفية ، إن قصد بها الطلاق لزمه ، وإلا فلا .

(ولزم) في صريحه طلقة (واحدة إلا لنية أكثر) فيلزمه ما نواه (كاعتدي) : أي كما لو قال لها : اعتدي ؛ فإنه يلزمه طلقة واحدة إلا أن ينوي أكثر ، فإنه يلزمه ما نواه . واعتدي من الكناية الظاهرة ويلزم بها ما ذكر .

(وصدق في) دعوى (نفيه) : أي نفي الطلاق من أصله في قوله : اعتدي (إن دل بساط عليه) : أي على نفيه ، كما لو كان الخطاب في مقام ذكر الاعتداد بشيء أو العد ، فقال : اعتدي ، وقال : نويته الاعتداد بكذا أو العد فيصدق في ذلك » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/ ٣٧٢ ، ٣٧٣) : « ولو قال : الطلاق يلزمني . أو : الطلاق لي لازم . فهو صريح ؛ فإنه يقال لمن وقع طلاقه : لزمه الطلاق . وقالوا : إذا عقل الصبي الطلاق ، فطلق لزمه . ولعلهم أرادوا : لزمه حكمه . فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ثم اشتهر ذلك ، حتى صار من الأسماء العرفية ، وانغمرت الحقيقة فيه . ويقع به ما نواه من واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاث . وإن أطلق ففيه روايتان ، وجههما ما تقدم . وإن قال : عليَّ الطلاق . فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني ؛ لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق . ويخرج فيه في حالة الإطلاق الروايتان ؛ هل هو ثلاث أو واحدة ، والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة ؛ لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثًا ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثًا ، ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة ، فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى للفظهم ، فيصير كأنهم نووا الواحدة » .

١٢٧٣ - أما إذا أوقعه بصيغة المصدر كما إذا قال : عليَّ الطلاق ، أو الطلاق يلزمني ؛ فإنه تقع واحدة رجعية وإن لم ينوِ شيئًا أو نوى الإبانة أو اثنتين ولكن لو نوى ثلاثًا صحت نيته ووقع الثلاث .

١٢٧٤ - والفرق بين المصدر وغيره أن المصدر جنس فيحتمل الأدنى ويحتمل الكل فإذا نواه فقد نوى محتمل كلامه فتصح نية الثلاث ولا تصح نية الثنتين ؛ لأنهما عدد محض ولفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث إنما صحت لكونها جميع الجنس ولذا لو كانت الزوجة رقيقة تصح نية الثنتين في المصدر ؛ لأنهما جميع الجنس في حقها كالثلاث في حق الحرة .

١٢٧٥ - ويأتي خلاف الشافعي وزفر هنا أيضًا ولذلك يقولان بصحة نية الثنتين هنا أيضًا لأنهما بعض الثلاث فإذا صحت نية الكل فنية البعض من باب أولى وهو الظاهر .

(مادة ٢٢٩)

يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا بِثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ ، وَهِيَ : اعْتَدِّي ، وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ .

فَمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ لَفْظًا مِنْهَا ، وَهُوَ فِي حَالَةِ الرِّضَا ، تَوَقَفَ وُقُوعُ الطَّلَاقِ عَلَى نِيَّتِهِ . فَإِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَوْ نَوَى غَيْرَهَا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ .

وَإِنْ خَاطَبَهَا بِهِ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ ، أَوْ جَوَابًا عَنْ طَلَبِهَا الطَّلَاقَ مِنْهُ ، يَقَعُ عَلَيْهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً بِلَا نِيَّةٍ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/١١١ ، ١١٢) : « وأما الكناية فثلاثة ألفاظ : من الكنايات رواجع بلا خلاف وهي قوله : اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ، أما قوله : اعتدي فلما روي عن أبي حنيفة أنه قال : القياس في قوله اعتدي أن يكون بائنًا وإنما اتبعنا الأثر ، وكذا قال أبو يوسف : القياس أن يكون بائنًا وإنما تركنا القياس لحديث جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها « اعتدي » فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة أزواجه فراجعها ، ورد عليها يومها ؛ ولأن قوله اعتدي أمر بالاعتداد . والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضي يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة ، والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم قوله : اعتدي إنما يجعل مقتضيًا للطلاق في المدخول بها . وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستعارًا من الطلاق ، وقوله : استبرئي رحمك =

= تفسير قوله اعتدي ؛ لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله : اعتدي ، وأما قوله : أنت واحدة فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله : واحدةً نعتًا لمصدر محذوف وهو الطلقة ، كأنه قال : أنت طالق طلقة واحدة كما يقال : أعطيته جزيلًا أي : عطاء جزيلًا واختلف في البواقي من الكنايات ، فقال أصحابنا رحمهم الله : إنها بوائن . وقال الشافعي : رواجع . وجه قوله أن هذه الألفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازًا عن الطلاق ألا ترى أنها لا تعمل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكنى عنه لا المجاز الذي هو الكناية ؛ ولهذا كانت الألفاظ الثلاثة رواجع فكذا البواقي ، ولنا أن الشرع ورد بهذه الألفاظ ، وأنها صالحة لإثبات البينونة ، والمحل قابل للبينونة فإذا وجدت من الأهل ثبتت البينونة استدلالًا بما قبل الدخول ، ولا شك أن هذه الألفاظ صالحة لإثبات البينونة فإنه تثبت البينونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ويثبت به قبول المحل أيضًا ؛ لأن ثبوت البينونة في محل لا يحتملها محال ، والدليل على أن الشرع ورد بهذه الألفاظ قوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ وقوله تعالى ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ ، وقوله : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ .

والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بينا وروي : أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة فرأى في كشحها بياضًا فقال لها : الحقي بأهلك ، وهذا من ألفاظ الكنايات وأن ركانة بن زيد ، أو زيد بن ركانة طلق امرأته ألبتة فحلفه رسول الله ﷺ ما أراد بها الثلاث ، وقوله : ألبتة من الكنايات فإذا ثبت أن هذا التصرف مشروع فوجود التصرف - حقيقة - بوجود ركنه ووجوده - شرعًا - بصدوره من أهله وحلوله في محله ، وقد وجد فتثبت البينونة وإذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ؛ ولأن شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة ؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة ؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى درك المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق ، ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه ، فيستوفي مصالح النكاح منه ، إلا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة ، فالشرع شرع الطلاق وفوض طريق دفع المخالفة والإعادة إلى الموافقة إلى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأي فينظر في حال نفسه ، فإن كانت المخالفة من جهته يطلقها طلاقًا واحدًا رجعيًا أو ثلاثًا في ثلاثة أطهار ويجرب نفسه في هذه المدة فإن كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه إليها يتركها حتى تنقضي عدتها ، وإن كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها ، وإن كانت المخالفة من جهتها تقع الحاجة إلى أن تتوب وتعود إلى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي ؛ لأنها إذا علمت أن النكاح بينهما قائم لا تتوب فيحتاج إلى الإبانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود إلى الموافقة عسى ، وإذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة إلى شرع الإبانة عاجلًا وآجلًا تحقيقًا لمصالح النكاح بالقدر الممكن ، وقوله هذه الألفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع ، بل هي حقائق عاملة بأنفسها ؛ لأنها صالحة للعمل بأنفسها على ما بينا فكان وقوع البينونة بها لا بالمكني عنه على أنا إن سلمنا أنها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه أيضا كلفظ الحقيقة ، فإن المجاز أحد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا : إن للمجاز عمومًا كالحقيقة إلا أنه يشترط النية لتنوع البينونة والحرمة إلى الغليظة والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لا نية الطلاق ، والله أعلم . ويستوي =

= فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعي والبائن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه بطريق الأصالة أو بغيره بإذنه أو أمره . وذلك نوعان : توكيل ، وتفويض أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته : أمرك بيدك وقوله : اختاري ، وقوله : أنت طالق إن شئت ، وما يجري مجراه وقوله : طلقي نفسك » .

وجاء في الفتاوى الهندية (٣٧٤/١ ، ٣٧٥) : « لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة حال كذا في الجوهرة النيرة . ثم الكنايات ثلاثة أقسام (ما يصلح جوابًا لا غير) أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي (وما يصلح جوابًا وردًا لا غير) اخرجي ، اذهبي ، اعزبي ، قومي ، تقنعي ، استتري ، تخمري (وما يصلح جوابًا وشتمًا) خلية ، برية ، بتة ، بتلة ، بائن ، حرام ، والأحوال ثلاثة (حالة) الرضا (وحالة) مذاكرة الطلاق بأن تسأل هي طلاقها أو غيرها يسأل طلاقها (وحالة) الغضب ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق في الألفاظ كلها إلا بالنية والقول قول الزوج في ترك النية مع اليمين وفي حالة مذاكرة الطلاق يقع الطلاق في سائر الأقسام قضاء إلا فيما يصلح جوابًا وردًا فإنه لا يجعل طلاقًا . كذا في الكافي . وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها كذا في الهداية .

وألحق أبو يوسف رحمه الله بخلية ، وبرية ، وبتة ، وبائن ، وحرام أربعة أخرى ذكرها السرخسي في المبسوط ، وقاضي خان في الجامع الصغير وآخرون ، وهي : لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، خليت سبيلك ، فارقتك ، ولا رواية في خرجت من ملكي ، قالوا : هو بمنزلة خليت سبيلك وفي الينابيع ألحق أبو يوسف رحمه الله بالخمسة ستة أخرى وهي الأربعة المتقدمة وزاد : خالعتك ، والحقي بأهلك ، هكذا في غاية السروجي » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٣٢٥/٣) : « (وكنايته) أي الطلاق (كأنت خلية ، برية) أي من الزوج (بتة) أي مقطوعة الوصلة (بتلة) أي متروكة النكاح (بائن) أي مفارقة (اعتدي ، استبرئي ، رحمك) أي لأني طلقتك وسواء في ذلك المدخول بها ، وغيرها وقيل : إن ذلك في غير المدخول بها لغوًا لأنها ليست محلًا للعدة ، واستبراء الرحم (ألحقي بأهلك) أي لأني طلقتك (حبلك على غاربك) أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء وزمامه على غاربه ، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى كيف يشاء ، (لا أنده سربك) أي لا أهتم بشأنك والسرب بفتح السين وسكون الراء الإبل ، وما يرعى من المال وأنده أزجر (اعزبي) بمهملة ثم زاي أي من الزوج (اغربي) بمعجمة ثم راء أي صيري غريبة بلا زوج (دعيني ودعيني) لأنك مطلقة (أو نحوها) كتجردي أي من الزوج وتزودي اخرجي سافري لأني طلقتك » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٦٩/٢) : « والكناية ما احتمل غير الطلاق ، وألفاظها لا تنحصر كأطلقتك ، وأنت طلاق أو مطلقة وخلية ، وبرية ، وبتة ، وبتلة ، وبائن ، وحلال الله ﷺ عليه حرام ، أو عليه الحرام ، أو أنت حرام ، أو حرمتك ، أو الحرام يلزمه ، أو عليه الحلال ، أو اعتدي ، أو استبرئي رحمك ، أو الحقي بأهلك ، أو حبلك على غاربك ، أو لا أنده سربك ، واعزبي ، واغربي ، دعيني ، ودعيني ، أو أشركتك مع فلانة المطلقة مني ، أو من غيري ، تجردي ، تزودي ، اخرجي ، سافري ، أحللتك ، تقنعي ، تستري ، الزمي الطريق ، لا حاجة لي فيك أنت وشأنك ، لك الطلاق ، عليك الطلاق ، كلي ، اشربي ، أنا =

١٢٧٦ - وقد تقدم لك في شرح مادة (٢٢٥) أن صيغ الطلاق تنقسم إلى قسمين صريح وكناية وإن الصريح لا يحتاج إلى النية بخلاف الكناية ، فإنه لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة الحال ؛ لأنها ليست موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من المرجح لأحد الأمرين .

١٢٧٧ - وألفاظ الكناية بالنسبة للطلاق كثيرة ولكنها ليست متحدة في صفة الطلاق الواقع بها فبعضها متى وقع به الطلاق يكون رجعيًا والبعض الآخر يكون بائنًا .

١٢٧٨ - **فالأول** : ثلاثة ألفاظ وهي اعتدي ، واستبرئي رحمك وأنت واحدة ، فكل من هذه الألفاظ الثلاثة كناية ؛ لأنه يحتمل الطلاق وغيره ؛ إذ اعتدى أمر بالحساب فيحتمل أن يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله به عليها أو الاعتداد من النكاح فإذا نواه زال الإبهام فيقع الطلاق واستبرئي رحمك يحتمل الاستبراء ليطلقها أو بعد ما طلقها فلا يقع الطلاق بدون النية أو القرينة وأنت واحدة يحتمل أن يكون نعتًا لمصدر محذوف ، أي أنت طالق طلقة واحدة ويحتمل أن يكون نعتًا للمرأة ، أي أنت واحدة عند قومك أو عندي أو لعدم نظيرها في شيء من الأشياء فإذا زال الإبهام بالنية أو دلالة الحال وقع الطلاق ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الإبانة أو أكثر من واحدة .

١٢٧٩ - وزفر يقول : يقع ما نوى ، وهو الظاهر كما عرفته مما تقدم.

١٢٨٠ - فإن صدر من الزوج لفظ من هذه الألفاظ ولم يكن في حالة الغضب ولم

= طالق ، أنا بائن منك ، أنت كالميتة ، ابعدي ، اذهبي ، فارقيني ، لا سبيل لي عليك ، ذوقي بارك الله سبحانه لك ، بخلاف بارك الله ﷺ فيك وعليك ، وعليه السخام ، أو اللطام ، قومي ، اقعدي ، أطعميني ، اسقيني ، زوديني ، أحسن الله ﷺ عزاك ، أغناك الله ، فليس بكناية ، وصريح الإعتاق وكنايته كناية طلاق ، ومنها أوقعت الطلاق في قميصك تكوني طالقًا قاصدًا به الوقوع في الحال لا في المستقبل فوعد لا يلزم به شيء إن لم يعلق على صفة ، وإلا فهو صريح ، وكوني طالقًا صريح يقع في الحال ؛ لأنه إنشاء ، والعوام لا يقصدون بتكوني طالقًا استقبالًا بل إنشاء الطلاق حالًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٢/٧) : « والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ، ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب . وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : كلها بوائن إلا : اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة : لأنها تقتضي البينونة ، فتقع البينونة ، كقوله : أنت طالق ثلاثًا . ولنا أنه طلاق صادف مدخولًا بها من غير عوض ، ولا استيفاء عدد ، فوجب أن يكون رجعيًا ، كصريح الطلاق ، وما سلموه من الكنايات . وقولهم : إنها تقتضي البينونة قلنا : فينبغي أن تبين بثلاث ؛ لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض » .

تسأله زوجته الطلاق فلا يقع إلا بالنية وإن خاطبها به في حالة الغضب أو جوابًا عن طلبها الطلاق منه يقع بلا نية .

١٢٨١ - وهذا الحكم ليس عامًا لجميع ألفاظ الكناية وبيانه أن الأحوال ثلاثة ؛ الأولى حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، الثانية حالة مذاكرة الطلاق ، الثالثة حالة الغضب .

١٢٨٢ - والكنايات ثلاثة أقسام قسم يصلح جوابًا ولا يصلح ردًّا ولا شتمًا كاعتدِّى ، وأمرك بيدك ، واختاري ، وقسم يصلح جوابًا وشتمًا ولا يصلح ردًّا كخلية ، وبرية ، وقسم يصلح جوابًا وردًّا ولا ، يصلح سبًّا وشتمًا كاخرجي ، واذهبي ، ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حال مذاكرة الطلاق يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الأول .

١٢٨٣ - **والثاني** : ولا يصدق قوله في عدم النية ؛ لأن الظاهر أنه أراد به الجواب ، وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسبِّ والرد وهو القسم الثاني .

١٢٨٤ - **والثالث** : لأنه يحتمل الرد والشتم ولا تنافيه حالة الغضب ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب وهو القسم الأول لظاهر حاله ، وهذا الجدول يبين لك الحالات والأقسام بكل سهوله .

	رد وجواب	سب وجواب	جواب فقط
	اخرجي واذهبي وما في معناهما .	خلية . برية . وما في معناهما .	اعتدي . استبرئي . وما في معناهما .
حالة رضا .	تلزم النية .	تلزم النية .	تلزم النية .
حالة غضب .	تلزم النية .	تلزم النية .	يقع بلا نية .
حالة مذاكرة الطلاق .	تلزم النية .	يقع بلا نية .	يقع بلا نية .

١٢٨٥ - وأما إن صدر من الزوج غير الألفاظ الثلاثة المتقدمة ووقع الطلاق ، فلا يكون رجعيًا بل بائنًا ، ولو نوى الطلاق الثلاث وقع . وقال الشافعي رحمه اللَّه تعالى : الكنايات كلها رجعية ؛ لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نيته ، والرجعة تعقبه فيكون رجعيًا . واستدلت الحنفية بأنه أتى بالإبانة بلفظ صالح لها كخلية مثلًا وهو من أهلها والمحل قابل .

لها والولاية ثابتة عليها فوجب أن يعمل به فيتعجل أثرها [1] .

(مادة ٢٣٠)

الطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ بِوَاحِدَةٍ كَانَ أَوِ اثْنَتَيْنِ لِلْحُرَّةِ لاَ يَرْفَعُ أَحْكَامَ النِّكَاحِ ، وَلاَ يُزِيلُ مِلْكَ الزَّوْجِ قَبْلَ مُضِيِّ الْعِدَّةِ ، بَلْ لاَ تَزَالُ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً ، مَا دَامَتِ الْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ . وَإِنَّمَا تَعْتَكِفُ فِي بَيْتِهَا الْمُضَافِ إِلَيْهِمَا بِالسُّكْنَى .

وَيُنْدَبُ جَعْلُ سُتْرَةٍ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا ، وَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ مُدَّةَ الْعِدَّةِ . وَلاَ يَحْرُمُ دُخُولُهُ عَلَيْهَا وَلَوْ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهَا ، وَيَجُوزُ لَهُ الاسْتِمْتَاعُ وَالْوِقَاعُ ، وَيَصِيرُ بِذَلِكَ مُرَاجِعًا . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَرِثَهُ الآخَرُ ، سَوَاءٌ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا فِي حَالِ صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضِهِ بِرِضَاهَا أَوْ بِدُونِهِ [2] .

* * *

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٩٧) : الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولًا أو فعلًا وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضاء الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : الواجبات المترتبة عن الطلاق : « بعد الخطاب على رسم الطلاق يصدر القاضي أمرًا يحدد فيه الواجبات المترتبة عن الطلاق .

« يمكن للمتفارقين أو أحدهما تقديم دعوى لدى المحكمة الابتدائية للزيادة في المبالغ المحددة من طرف القاضي المكلف بالتوثيق ، أو النقص منها .

« للزوج في الطلاق الرجعي أن يراجع مطلقته بدون صداق ولا ولي أثناء العدة ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط، ويشهد على ذلك عدلين .

« إذا أريد استئناف العلاقة الزوجية بعد الطلاق البائن دون الثلاث فلابد من إبرام عقد زواج جديد (رسم مراجعة) .

ملاحظة :

للإدلاء بعقد الطلاق خارج أرض الوطن يتعين التصديق عليه من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها قاضي التوثيق المخاطب على العقد، وكذا من طرف وزارة الشؤون الخارجية والتعاون .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٢) للزوج أن يراجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٨٠/٣) : « الطلاق الرجعي فالحكم الأصلي له هو نقصان العدد ، فأما زوال الملك ، وحل الوطء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يثبت للحال ، وإنما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة ، فإن طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت ، وهذا عندنا ، وعند الشافعي =

= زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية ؛ حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة ، وإليه مال أبو عبد الله البصري .
وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا ، قال بعضهم : الملك يزول في حق حل الوطء لا غير .
وقال بعضهم : لا يزول أصلًا ، وإنما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض ، والنفاس . وجه قوله أن الطلاق واقع للحال ، فلا بد ، وأن يكون له أثر ناجز ، وهو زوال حل الوطء ، وزوال الملك في حق الحل وقد ظهر أثر الزوال في الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها ، والخلوة ، ويزول قسمها ، والأقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ، ولهذا سمى الله تعالى الرجعة ردًّا في كتابه الكريم بقوله ﷻ ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ ﴾ أي : أزواجهن ﴿ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ ، والرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه . (ولنا) قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ ﴾ أي : أزواجهن وقوله تعالى : ﴿ هُنَّ ﴾ كناية عن المطلقات . سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجا إلا بعد قيام الزوجية فدل أن الزوجية قائمة بعد الطلاق والله ﷻ أحل للرجل وطء زوجته بقوله ﷻ ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ وقوله تعالى ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ وقوله ﷻ ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾ ونحو ذلك من النصوص ، والدليل على قيام الملك من كل وجه أنه يصح طلاقه ، وظهاره ، وإيلاؤه ، ويجري اللعان بينهما ، ويتوارثان ، وهذه أحكام الملك المطلق ، وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلًا من وجه لكانت الرجعة إن شاء النكاح على الحرة من غير رضاها من وجه ، وهذا لا يجوز . وأما قوله : الطلاق واقع في الحال - فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار ، وكالتصرف الحسي ، وهو الرمي ، وغير ذلك ، فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة ، وهو زوال الملك ، وحرمة الوطء ، على أن له أثرًا ناجزًا ، وهو نقصان عدد الطلاق ، ونقصان حل المحلية ، وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات . وأما المسافرة بها ، فقد قال زفر من أصحابنا : إنه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة . وأما على قول أصحابنا الثلاثة فإنما لا تحل لا لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في المعتدات ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ نهى الرجال عن الإخراج ، والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة ؛ لتزول الحرمة ثم يسافر . وأما الخلوة فإن كان من قصده الرجعة لا يكره ، وإن لم يكن من قصده المراجعة يكره ، لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للإضرار بها ؛ لأنه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعًا لها ثم يطلقها ثانيًا فيؤدي إلى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك ، وهو معنى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ﴾ ، وكذلك القسم ؛ لأنه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدي إلى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن يراجعها ، حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الخلوة بها ، وإنما احتسبنا الأقراء من العدة لانعقاد الطلاق سببًا لزوال الملك ، والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة ، وهو الجواب عن قوله : إن الله تعالى سمى الرجعة ردًّا ؛ لأنه يجوز إطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط خيار المتعاقدين أنه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ ، وإن لم يزل الملك عن البائع ولم يثبت للمشتري ؛ لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال ، ويكون الرد فسخًا للسبب ، ومنعا له عن العمل في إثبات =

١٢٨٦ - ومتى وقع الطلاق رجعيًا سواء كان بصريح لفظ الطلاق أو بكناية من كناياته وسواء كان واحدة أو اثنتين بالنسبة للحرة ؛ لأن الرقيقة من وقع عليها طلقتان كان الطلاق بائنًا بينونة كبرى كما تقدم لك ذلك مفصلًا مع ما فيه من الخلاف في شرح مادة (٢٢٤) ترتب عليه حكمه وهو أنه لا يزيل الملك ولا الحل بمعنى أن الزوج إذا أراد ردها إليه جاز له ذلك بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض ؛ لأن الملك باق والحل موجود فلا يشترط لردها إليه تزوجها بغيره بخلاف الطلاق البائن بينونة صغرى فإنه يزيل الملك لا الحل فلو أراد الزوج ردها إلى عصمته فلابد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لزوال الملك ولكن لا يشترط تزوجها بغيره ؛ لأن الحل باقٍ وبخلاف الطلاق البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الملك والحل فإذا أراد الزوج إرجاعها إليه فلابد من العقد والمهر والرضا ؛ لزوال الملك ، ولابد أيضًا من تزوجها بغيره حتى يحلها له لزوال الحل .

١٢٨٧ - ولكن محل كون الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ما دامت المرأة في العدة فإن انقضت عدتها بانت منه فيشترط ما يشترط في البائن بينونة صغرى ويؤخذ من حكم الطلاق الرجعي أنه لا يؤثر على الزوجة بشيء بل لا تزال الزوجية قائمة ما دامت المرأة في العدة وبناء على ذلك فالزوجة لا تخرج من البيت الساكنة هي فيه مع الزوج قبل الطلاق بل تبقى مقيمة به حتى تنقضي العدة لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ (١) نزلت في الطلاق الرجعي بدليل السياق وهو قوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) ويدخل عليها بغير إذنها ولا يعلمها بدخوله ولكن محل ذلك إذا كان قصده مراجعتها ، فإن لم يكن قاصدًا الرجعة فالأحسن أن يعلمها لأنه يخاف أن يقع بصره على موضع منها لو نظر إليه بشهوة يصير به مراجعًا فيحتاج إلى طلاقها فتطول عليها العدة فتتضرر بذلك ومثل هذا في الحكم اتخاذ سترة بينهما .

١٢٨٨ - وتجب عليه نفقتها ما دامت في العدة ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعًا ؛ لأن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل كما سيأتي في

= الزوال . كذا ههنا . ويستحب لها أن تتشوف ، وتتزين ؛ لأن الزوجية قائمة من كل وجه ، ويستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها ، وعلى هذا ينبي حق الرجعة أنه ثابت للزوج بالإجماع سواء كان الطلاق واحدًا ، أو اثنين ، أما عندنا فلقيام الملك من كل وجه ، وأما عنده فلقيامه فيما وراء حل الوطء » .

(١ ، ٢) الطلاق : ١

المادة التالية لهذه .

١٢٨٩ - وإذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة ورثه الآخر مطلقًا أي سواء كان الطلاق الرجعي في حال صحته أو في حال مرضه وسواء كان بطلبها أو بغيره بخلاف الطلاق البائن فإنه إذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة فلا يرثه الآخر إلا إذا كان الطلاق في حال مرض الزوج ، وقامت قرينة على أن غرضه حرمانها من الإرث كما ستعرفه في باب طلاق المريض .

١٢٩٠ - فينتج مما ذكر أن الطلاق الرجعي لا يؤثر على شيء من الحقوق المترتبة على عقد الزواج ما دامت المرأة في العدة وكان قصد الزوج المراجعة وإنما تأثيره في عدد الطلاق فبعد أن كان الزوج يملك ثلاث طلقات صار لا يملك إلا اثنتين إن كان الطلاق بواحدة وإن كان باثنتين فلا يملك إلا واحدة .

(مادة ٢٣١)

كُلُّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ كَذَلِكَ لَوْ حُرَّةً فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا ، وَلَو قال : لاَ رَجْعَةَ لِي بِدُونِ حَاجَةٍ إِلَى تَجْدِيدِ الْعَقْدِ الأَوَّلِ ، وَلاَ إِلَى اشْتِرَاطِ مَهْرٍ جَدِيدٍ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ، سَوَاءٌ عَلِمَتْ بِالرَّجْعَةِ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ ، وَسَوَاءٌ رَضِيَتْ بِهَا أَوْ أَبَتْ .

وَلاَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ بَعْدَ انقِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَلاَ رَجْعَةَ فِي عِدَّةِ الْمُطَلَّقَةِ بَعْدَ الْخَلْوَةِ ، وَلَوْ كَانَتِ الْخَلْوَةُ صَحِيحَةً (١) .

* * *

١٢٩١ - فقد علم أن من وقع عليه الطلاق الرجعي له أن يراجع زوجته بدون احتياج إلى عقد ومهر جديدين ولا إلى رضاها وهذا الحق ثابت له ، ولو قال وقت الطلاق : لا رجعة لي لأن هذا تغيير للمشروع فلا يعول عليه .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (١٥٨/٤) : « (وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) ؛ لقوله تعالى ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ؛ ألا ترى أنه سمى إمساكًا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة ؛ لأنه لا ملك بعد انقضائها » .

١٢٩٢ - ولكن يشترط في ثبوت الرجعة أن تكون الزوجة مدخولًا بها حقيقة فإذا لم تكن مدخولًا بها أصلًا وأوقع عليها طلاقًا فلا تثبت الرجعة ؛ لأن كل طلاق يقع على غير المدخول بها يكون بائنًا ولأن فائدة الرجعي إنما تظهر في العدة والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق رجعيًا فلا تثبت الرجعة .

١٢٩٣ - ومثل غير المدخول بها أصلًا المدخول بها حكمًا فلا رجعة بعد طلاقها ولو كانت في العدة فإذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة وطلقها لزمتها العدة ولا يملك زوجها الرجعة ، ولو كان الطلاق الذي أوقعه يقع به الرجعي في المدخول بها حقيقة وإنما انفرد الزوج بالرجعة في العدة لا بعدها لقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [1] أي لهم حق الرجعة فهذه الآية تدل على مشروعية الرجعة وعدم اشتراط رضاها بها واشترطت العدة لأنه بعد انقضائها لا يسمى بعلًا فليس له حق بل هو والأجنبي سواء[2] .

(مادة ٢٣٢)

تَصِحُّ الرَّجْعَةُ قَوْلًا بِـ : رَاجَعْتُكِ ، وَنَحْوِهِ خِطَابًا لِلْمَرْأَةِ ، أَوْ : رَاجَعْتُ زَوْجَتِي . إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُخَاطَبَةٍ .

وَفِعْلًا بِالْوِقَاعِ وَدَوَاعِيهِ الَّتِي تُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَوِ اخْتِلَاسًا مِنْهُ أَوْ مِنْهَا [3] .

* * *

---

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٢٣) أ - تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .

ب - توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٨٢/٣) : « ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة : أما القول فنحو أن يقول لها : راجعتك ، أو رددتك ، أو رجعتك ، أو أعدتك ، أو راجعت امرأتي ، أو راجعتها ، أو رددتها ، أو أعدتها ، ونحو ذلك ؛ لأن الرجعة رد ، وإعادة إلى الحالة الأولى ، ولو قال لها نكحتك أو تزوجتك كان رجعة في ظاهر الرواية . وروي عن أبي حنيفة أنه لا يكون رجعة ؛ وجه هذه الرواية أن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه ، فكان قوله : نكحتك إثبات الثابت ، وأنه محال فلم يكن مشروعًا فكان ملحقًا بالعدم شرعًا فلم يكن رجعة بخلاف قوله : راجعتك ؛ لأن ذلك ليس بإثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت ، وأنه محل للاستيفاء ؛ لأنه انعقد سبب زواله ، والرجعة فسخ السبب ، ومنع له عن العمل فيصح . وجه ظاهر الرواية أن النكاح ، وإن كان ثابتًا حقيقة لكن المحل لا يحتمل الإثبات فيجعل مجازًا عن استيفاء =

= الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحًا لتصرفه بقدر الإمكان ، وقد قيل في أحد تأويلي قوله تعالى ، ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ أي : أزواجهن أحق بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال ، والنكاح المضاف إلى المطلقة طلاقًا رجعيًا فدل على ثبوت الرجعية بالنكاح . وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يمس شيئًا من أعضائها لشهوة أو ينظر إلى فرجها عن شهوة أو يوجد شيء من ذلك ههنا على ما بينا ، ووجه دلالة هذه الأفعال على الرجعة ما ذكرنا فيما تقدم ، وهذا عندنا ، فأما عند الشافعي ، فلا تثبت الرجعة إلا بالقول بناء على أصل ما ذكرناه » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٨/١٤٧ ، ١٤٨) : « (وتحصل) الرجعة بالصريح والكناية ولو بغير العربية مع القدرة عليها فمن الصريح أن يأتي (براجعتك ، ورجعتك ، وارتجعتك) أي بواحد منها لشيوعها وورودها ، وكذا ما اشتق منها كأنت مراجعة ، أو مرتجعة ، كما في التتمة ، ولا يشترط إضافتها إليه بنحو إليّ أو إلى نكاحي لكنه مندوب بل إليها كفلانة أو لضميرها كما ذكره أو بالإشارة كهذه فمجرد راجعت لغو (والأصح أن الرد والإمساك) وما اشتق منهما (صريحان) لورودهما في القرآن والأول في السنة أيضًا ، ومن ثم كان أشهر من الإمساك بل صوب الإسنوي أنه كناية كما نص عليه وتنحصر صرائحها فيما ذكر (وأن التزويج والنكاح كنايتان) لعدم شهرتهما في الرجعة سواء أتى بأحدهما وحده كتزوجتك أو مع قبول بصورة العقد (وليقل : رددتها إليّ أو إلى نكاحي) حتى يكون صريحًا ؛ لأن الرد وحده المتبادر منه إلى الفهم ضد القبول فقد يفهم منه الرد إلى أهلها بسبب الفراق فاشترط ذلك في صراحته خلافًا لجمع لينتفي ذلك الاحتمال وبه فارق عدم الاشتراط في رجعتك مثلًا وقضية كلام الروضة وأصلها أن الإمساك كذلك لكن جزم البغوي كما نقلاه بعد عنه وأقراه بندب ذلك فيه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/٨٠ ، ٨١) : « الرجعة تكون مع النية المقارنة للقول المحتمل نحو أمسكتها ، ورجعتها ، لأنه يحتمل رجعت عن محبتها وأمسكتها تعذيبًا لها ، فقوله بقول مع نية أي بقول محتمل كما مثل له وأما القول الصريح فلا يحتاج إلى نية كارتجعت ، وراجعتها ، ورددتها لنكاحي ابن عرفة الأظهر عدم افتقار الصريح لنية . وأشار بقوله (أو نية على الأظهر) لقول ابن رشد الصحيح أن الرجعة تصح بمجرد النية لأن اللفظ عبارة عما في النفس فإذا نوى في نفسه أنه قد راجعها واعتقد ذلك في ضميره صحت رجعته فيما بينه وبين اللّه تعالى . ذكره ابن عبد السلام . ويعز وجود هذا القول منصوصًا عليه في المذهب إنما هو تخريج ابن المواز . ونية الرجعة بالقلب لا تنفع إلا مع فعل مثل جسة لشهوة أو نظر فرج وما قاربها فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية وإليه أشار بقوله : (وصحح خلافه) وعليه فلو نوى ثم أصاب فإن بعد ما بينهما فليس برجعة ، وإن تقدمت النية بيسير ، فقولان . وتظهر فائدة كون الرجعة فيما بينه وبين اللّه فيما إذا انقضت العدة ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ورفع للقاضي بسبب ذلك ، فأقام بينة على إقراره أنه راجعها قبل انقضاء العدة بالنية ، فإن القاضي يمنعه منها ، وإن ماتت بعد انقضاء العدة ، وأقام بينة برجعته فيها بالنية ، فإنه يحل له إرثها فيما بينه وبين اللّه تعالى ، فإذا رفع للقاضي فإنه يمنعه منه .

أو بقول ولو هزلًا في الظاهر لا الباطن المشهور وهو مذهب المدونة أن القول الصريح المجرد عن النية يكون كافيا في صحة الرجعة ولو كان هازلًا فيه ؛ لأن هزله جد وينفعه ذلك في ظاهر الحال ولا يصدق فيما ادعاه من عدم النية فيؤخذ بالنفقة وغيرها من الأحكام لا فيما بينه وبين اللّه فقوله أو بقول أي صريح بدليل قوله لا بقول محتمل كارتجعتها والواو في قوله ولو هزلًا ينبغي أن تكون للحال لا للمبالغة وإلا تكرر ما قبلها مع قوله بقول مع نية . =

= لا بقول محتمل بلا نية كأعدت الحل أو رفعت التحريم تقدم أن القول الصريح العاري عن النية يكون كافيًا في صحة الرجعة ، وأشار هنا إلى أن القول المحتمل العاري عن النية وعن الدلالة الظاهرة لا يكون كافيًا في صحة الرجعة ، كقوله أعدت الحل أو رفعت التحريم ؛ فإنه محتمل للرجعة ولغيرها ولما أنهى الكلام على عمل اللسان والقلب شرع في فعل الجوارح ، فقال . ولا يفعل دونها كوطء يعني أن الرجعة لا تحصل بفعل مجرد عن نية الرجعة ، ولو بأقوى الأفعال كوطء ، وأحرى قبلة ولمس ، والدخول عليها من الفعل فإذا نوى به الرجعة كفى قاله بعض الشراح ويستبرئها من الوطء ، ولا يرتجعها في زمن الاستبراء بالوطء بل بغيره وإنما لم يكن الوطء رجعة حتى ينويها به وكان وطء المبيعة بخيار اختيارًا ولو لم ينوه ، لأن المبتاع جعل له البائع الخيار وأباح له الوطء به ففعل مباحًا وتم به ملكه ، والفرق بين النية - فقط - تكون رجعة بخلاف الفعل أن النية موضوعة للرجعة بخلاف الفعل ولا صداق يعني أنه إذا وطئها في العدة وطئًا عاريًا عن نية الرجعة وقلنا : لا تحصل له به الرجعة ، فإنه لا صداق عليه لها بذلك الوطء على المشهور وإن استمر وانقضت لحقها طلاقه على الأصح يعني أنه إذا طلقها طلاقًا رجعيًا واستمر على وطئها ولم يرد بذلك الرجعة إلى أن انقضت العدة ثم حنث فيها بالثلاث أو طلقها فإنه يلزمه الثلاث مراعاة لقول ابن وهب بصحة رجعته فهو كمطلق في نكاح مختلف فيه ابن عبد السلام وهو الصحيح وإليه الإشارة بقوله على الأصح ، وقال أبو محمد : لا يلحقها إذ قد بانت منه ، قال في توضيحه : والأول أظهر وانظر التلذذ بها من غير وطء إذا حصل بلا نية ، وطلق هل يلحقه الطلاق كما إذا وطئ بلا نية أم لا ؟ وهو ظاهر كلام الشارح ومن وافقه ثم إن الخلاف إذا جاء مستفتيًا وأما إن أسرته البينة فإنه يلحقه باتفاق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٠٣/٧ - ٤٠٥) : « ظاهر كلام الخرقي ، أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول ؛ لقوله : المراجعة أن يقول . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها استباحة بضع مقصود ، أمر بالإشهاد فيه ، فلم تحصل من القادر بغير قول ، كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول ، فلم تحصل به الرجعة ، كالإشارة من الناطق ، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية ، تحصل الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة ، أو لم ينو . اختارها ابن حامد ، والقاضي ، وهو قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، وأصحاب الرأي . قال بعضهم : ويشهد . وقال مالك ، وإسحاق : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة ؛ لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة ، فترتفع بالوطء ، كمدة الإيلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار ، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله ، كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار . وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا : الوطء مباح . حصلت الرجعة به ، كما ينقطع به التوكيل في طلاقها . وإن قلنا : هو محرم . لم تحصل الرجعة به ؛ لأنه فعل محرم ، فلا يكون سببًا للحل ، كوطء المحلل . فأما إن قبلها ، أو لمسها لشهوة ، أو كشف فرجها ونظر إليه ، فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة .

وقال ابن حامد : فيه وجهان : أحدهما : هو رجعة . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه استمتاع يستباح بالزوجية ، فحصلت الرجعة به كالوطء . والثاني : أنه ليس برجعة ؛ لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة ، كالنظر . فأما الخلوة بها ، فليس برجعة ؛ لأنه ليس باستمتاع . وهذا اختيار أبي الخطاب . وحكي عن غيره من أصحابنا ، أن الرجعة تحصل به ؛ لأنه معنى يحرم من الأجنبية ، ويحل من الزوجة ، فحصلت به الرجعة ، كالاستمتاع . والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها ؛ لأنها لا تبطل اختيار المشتري للأمة ، فلم تكن رجعة ، كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير شهوة ، والنظر لذلك ونحوه ، فليس برجعة ، لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة ، فأشبه الحديث معها . . =

١٢٩٤ - ولا يشترط أن تكون الرجعة بالقول بل كما تصح به تصح بالفعل أيضًا فالقول كأن يقول الزوج : راجعتك أو ارتجعتك أو رددتك إذا كانت المرأة مخاطبة أو راجعت زوجتي إلى عصمتي إن كانت غير مخاطبة ، إوالفعل يكون بما يوجب حرمة المصاهرة وهو الوقاع واللمس بشهوة والنظر كذلك إلى محل مخصوص ، ولو كان ذلك اختلاسًا منه ، وأما إذا كان منها فالظاهر إنه لا يكون رجعة إلا إذا ترتب على لمسها له بشهوة أو نظرها إلى عضو مخصوص منه اشتهاؤه ؛إ لأن الرجعة له لا لها .

١٢٩٥ - وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول عند القدرة عليه بأن لا يكون أخرس أو معتقل اللسان فلا يجوز له وقاعها ولا لمسها بشهوة حتى يراجعها قولًا واستدل بزوال الزوجية لوجود القاطع ؛ لأن الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية ضرورة ؛ ولهذا تحتسب الأقراء من العدة ، ومع بقاء النكاح لا تحتسب .

١٢٩٦ - واستدلت الحنفية بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ (١) سماه بعلًا وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لأنه لا يقدر أحد على تملك الأجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال وإنما هو عبارة عن ردها إلى حالتها الأولى ؛ لأنها كانت بحيث لا تبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم ترد بالرجعة إلى حالتها

= فأما القول فتحصل به الرجعة . بغير خلاف . وألفاظه : راجعتك ، وارتجعتك ، ورددتك ، وأمسكتك ؛ لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة ، فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ . وقال : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ يعني : الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ : « مره فليراجعها » . وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف ، كاشتهار اسم الطلاق فيه ، فإنهم يسمونها رجعة ، والمرأة رجعية . ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده ، لاشتهاره دون غيره ، كقولنا في صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول : راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجتي . أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي . فإن قال : نكحتها . أو : تزوجتها . فهذا ليس بصريح فيها : لأن الرجعة ليست بنكاح . وهل تحصل به الرجعة ، فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تحصل به الرجعة : لأن هذا كناية ، والرجعة استباحة بضع مقصود ، ولا تحصل بالكناية ، كالنكاح . والثاني ، تحصل به الرجعة . أومأ إليه أحمد . واختاره ابن حامد ؛ لأنه تباح به الأجنبية ، فالرجعية أولى . وعلى هذا ، يحتاج أن ينوي به الرجعة ؛ لأن ما كان كناية تعتبر له النية ، ككنايات الطلاق . فإن قال : راجعتك للمحبة . أو قال : للإهانة . وقال : أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك ، أو إهانة لك . صحت الرجعة ؛ لأنه أتى بالرجعة ، وبين سببها . وإن قال : أردت أنني كنت أهنتك ، أو أحبك ، وقد رددتك بفراقي إلى ذلك . فليس برجعة . وإن أطلق ولم ينوِ شيئًا ، صحت الرجعة . ذكره القاضي ؛ لأنه أتى بصريح الرجعة ، وضم إليه ما يحتمل أن يكون بيانًا لسببها ، ويحتمل غيره ، فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك . وهذا مذهب الشافعي » .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

الأولى [1] .

(مادة ٢٣٣)

يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ الرَّجْعَةُ مُنجَزَةً فِي الْحَالِ ، فَلاَ يَصِحُّ إِضَافَتُهَا إِلَى وَقْتٍ مُسْتَقْبَلٍ ، وَلاَ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ [2] .

١٢٩٧ - والرجعة لا تصح إلا إذا كانت منجزة كقول الزوج : راجعت زوجتي إن لم تكن مخاطبة أو راجعتك إن كانت مخاطبة فلو أضافها إلى زمن مستقبل بأن قال : راجعت زوجتي بعد عشرة أيام مثلًا أو علقها بشرط بأن قال : إن حصل كذا فقد راجعتك فلا تصح الرجعة ، ولكن إذا كان مدلول فعل الشرط محققًا أي موجودًا وقت التكلم صحت ، فإذا قال الزوج : إن كنت فعلت ما أمرتك به فقد راجعتك وكانت قد

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٩٦) : تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا إضافته إلى المستقبل ورجوع الزوج عن الطلاق المعلق والمضاف لزمان مستقبل غير مقبول .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٢٢/٦) : « وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذلك الإضافة إلى وقت حتى إذا قال : راجعتك غدًا أو إذا جاء غد فهو باطل لأنه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق ، وهو نظير الإذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لأنه إطلاق ورفع للقيد والحجر على العبد وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه تقييد » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٦١/٥) : « وإذا قال الرجل لامرأته وهي في العدة من طلاقه إذا كان غدًا فقد راجعتك وإذا كان يوم كذا وكذا فقد راجعتك وإذا قدم فلان فقد راجعتك وإذا فعلت كذا فقد راجعتك فكان كل ما قال لم يكن رجعة ، ولو قال لها : إن شئت فقد راجعتك فقالت قد شئت . لم تكن رجعة حتى يحدث بعدها رجعة . وهذا مخالف قوله إن شئت فأنت طالق » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٨٤/٤) : « اختلف في الرجعة إذا كانت متعلقة غير منجزة كقوله : إذا كان في غد فقد راجعتك هل تبطل حالًا ومآلا ولا تصح رأسًا لأن الرجعة ضرب من النكاح وهو لا يصح مؤجلًا ولاحتياجها لنية مقارنة أو تبطل الآن فقط وتكون صحيحة غدا ؛ لأنها حق للزوج فله تعليقها ، وعليه فلا يطؤها ولا يستمتع بها قبل مجيء غد أي إنها قبل مجيئه حكمها حكم من لم تراجع فإن انقضت عدتها قبل مجيء غد لوضع أو حيض أو تم زمانها إن كانت بالأشهر فلا تصح رجعتها بمجيء غد وعلى الأول لو وطئ وهو يرى أن رجعته صحيحة كان وطؤه رجعة أي لأنه فعل قارنته النية » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٠٥/٧) : « ولا يصح تعليق الرجعة على شرط ؛ لأنه استباحة فرج مقصود ، فأشبه النكاح ، ولو قال : راجعتك إن شئت . لم يصح كذلك . ولو قال : كلما طلقتك فقد راجعتك . لم =

فعلته صحت الرجعة ، وليس هذا خاصًا بالرجعة بل كل شيء نصُّوا على أنه لا يصح تعليقه بالشرط كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والقسمة والصلح متى كان مدلول فعل الشرط محققًا صحَّ ؛ لأن التعليق في هذه الحالة يكون ظاهريًا فقط ، وفي الحقيقة هو منجز وقد تقدم هذا المبحث في شرح مادة (١٢) .

(مادة ٢٣٤)

الرَّجْعَةُ صَحِيحَة بِلاَ شُهُودٍ ، وَبِلاَ عِلْمِ الْمَرْأَةِ . إلاَّ أَنَّهُ يُنْدَبُ لِلْمُرَاجِعِ أَنْ يُعْلِمَ الْمَرْأَةَ بِهَا إِذَا رَاجَعَهَا قَوْلاً ، وَأَنْ يُشْهِدَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ بَعْدَ حُصُولِهَا فِعْلاً [1] .

* * *

١٢٩٨ - ولا يشترط لصحة الرجعة علم المرأة بها ، فلو راجعها قولًا ولم يعلمها صحت ، ولكن الأحسن إعلامها لما يترتب على عدم الإعلام من النزاع في المستقبل ؛ لأنها إذا لم تعلم بها وانقضت العدة وقال الزوج : كنت راجعتك فيها فربما تنكر لعدم علمها فيحصل النزاع .

١٢٩٩ - وكما أنه لا يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة كذلك لا يشترط الإشهاد عليها لصحتها بل هي صحيحة وإن لم يشهد سواء حصلت الرجعة قولًا أو فعلًا ولكن الأحسن أن يشهد عليها شاهدين عدلين ليتأتى له إثباتها عند إنكار الزوجة وليتباعد عن الوقوف في مواضع التهم ؛ لأن الناس عرفوه مطلقًا ، فيتهم بالقعود معها .

١٣٠٠ - وليس هذا خاصًا بالرجعة بل هو عام في العقود وغيرها إلا عقد الزواج فإنه يشترط الإشهاد عليه لصحته كما عرفته في مبحث شروط صحة الزواج .

= يصح كذلك . ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة ، فأشبه الطلاق قبل النكاح . وإن قال : إن قدم أبوك ، فقد راجعتك . لم يصح ؛ لأنه تعليق على شرط » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٨/١) : « الرجعة على ضربين : سني وبدعي . فالسني أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها شاهدين ويعلمها بذلك ، فإذا راجعها بالقول نحو أن يقول لها : راجعتك أو راجعت امرأتي ولم يشهد على ذلك أو أشهد ولم يعلمها بذلك فهو بدعي مخالف للسنة ، والرجعة صحيحة وإن راجعها بالفعل مثل أن يطأها أو يقبلها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة فإنه يصير مراجعًا عندنا إلا أنه يكره له ذلك ويستحب أن يراجعها بعد ذلك بالإشهاد كذا في الجوهرة النيرة » .

(مادة ٢٣٥)

تَنقَطِعُ الرَّجْعَةُ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ عِصْمَتَهَا ، إِذَا طَهُرَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الأَخِيرَةِ لِتَمَامِ عَشَرَةِ أَيَّامٍ ، وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِل (١) .

* * *

١٣٠١ - والرجعة لا تصح إلا إذا كانت الزوجة في العدة فإن انقضت العدة فلا رجعة وتملك المرأة عصمتها فإذا أراد ردها إليه حينئذ فلا بد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها .

١٣٠٢ - والعدة إما أن تكون بالأشهر إن لم تكن المرأة من ذوات الحيض أو بالحيض إن كانت الزوجة ممن تحيض ، فإن كانت بالأشهر فبمجرد انقضاء آخر لحظة من الشهر الثالث انقضت العدة وإن كانت بالحيض فإما أن يكون انقطاع الدم من الحيضة الثالثة لأكثر الحيض وهو عشرة أيام أو يكون انقطاعه لأقل منها .

١٣٠٣ - فإن كان الأول انقضت العدة بمجرد انقطاعه سواء اغتسلت أو لم تغتسل .

١٣٠٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا انقطع لأقل من عشرة أيام فلا يحكم بطهارتها ولا تنقضي عدتها إلا بواحد من أمور ثلاثة :

١٣٠٥ - **الأول** : أن تغتسل .

١٣٠٦ - **الثاني** : أن تتيمم وتصلي .

١٣٠٧ - **الثالث** : أن تتقرر في ذمتها صلاة ، وكل من الأول والثاني لا يحتاج إلى بيان وأما الثالث فمعناه أن المرأة إذا حاضت سقط عنها الصوم والصلاة فلا يجبان عليها ولا يصحان منها ، فإذا طهرت من الحيض لزمها أن تقضي الصوم لا الصلاة ؛ لأن في تكليفها بقضاء الصلاة حرجا لتكرارها في اليوم خمس مرات فيدفع الحرج بخلاف الصوم فإنه شهر في كل سنة فليس في تكليفها بقضائه حرج ، ولكنها تقضي الفرض الذي طهرت في وقته إذا انقطع الدم عنها ، والباقي من وقت الفرض يسع الاغتسال وتكبيرة الإحرام فلو كان الوقت الباقي لا يسع ذلك فلا يجب عليها .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/ ٢٥١) : « لو طلقها ثلاثًا تحرم عليه حرمة غليظة فلا يتصور فيها المراجعة ، والطلقتان في الأمة كالثلاث في الحرة » .

١٣٠٨ - فإذا فرضنا أن الدم انقطع عنها أثناء وقت الظهر والباقي منه أي قبل دخول وقت العصر يسع اغتسالها وتكبيرة الإحرام وجبت عليها صلاة الظهر فإن أدتها في هذا الوقت فبها وإن لم تؤدها حتى دخل وقت العصر تقررت صلاة الظهر في ذمتها ، فيجب عليها قضاؤه فإن كان الوقت الباقي من وقت الظهر بعد انقطاع الدم لا يسع ما ذكر فلا تلزمها صلاة الظهر ، فإذا دخل وقت العصر فلا يلزمها قضاؤها ؛ لأنها لم تتقرر في ذمتها فلا تنقضي عدتها في هذه الحالة إلا إذا خرج وقت العصر لتقرر صلاة العصر في ذمتها إن لم تؤدها في وقته وإنما انقطعت الرجعة بمجرد انقطاع الدم لأكثر الحيض ، ولم تنقطع إذا ارتفع الدم لأقل من الأكثر إلا بواحد من الثلاثة المتقدمة لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبتمامها يحكم بطهارتها وانقضاء العدة اغتسلت أو لم تغتسل أما إذا انقطع لأقل من العشرة فيمكن أن يعود ويكون دم حيض فلابد من تأكيد الانقطاع شيء من أحكام الطاهرات .

١٣٠٩ - وقال محمد : لا تشترط الصلاة بالفعل في التيمم لانقطاع الرجعة بل تنقطع بالتيمم وإن لم تصل وهذا هو القياس لأن التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره ، ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أديت وبين الحكم بجواز الإقدام على أدائها إذ كل واحد منهما تشترط له الطهارة فإذا كان كالاغتسال في حق تلك الأحكام فكذا في حق هذا الحكم بل أولى ؛ لأن انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط .

١٣١٠ - واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بأن طهارة التيمم ضرورة لكونه تلويثًا حقيقة ، وهو لا يرفع الحدث بيقين ولذا لو وجد الماء كان محدثًا بالحدث السابق وإنما جعل طهارة ضرورة للحاجة إلى أداء الصلاة كيلا تتضاعف الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها وهو أداء الصلاة وتوابعها من دخول المسجد وقراءة القرآن فهو في حق الرجعة عدم إلا إذا حكمنا بجواز الصلاة بالأداء فيلزمه الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة لأنها لا تصح إلا من الطاهرات فيلزمه انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بالطهارة .

(مادة ٢٣٦)

إِذَا وَقَعَ نِزَاعٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، فَادَّعَتِ الْمُعْتَدَّةُ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا بِالْحَيْضِ، وَادَّعَى الزَّوْجُ عَدَمَ انْقِضَائِهَا ، وَأَنَّ لَهُ حَقَّ الرَّجعَةِ ، تُصَدَّقُ الْمَرْأَةُ بِيَمِينِهَا ، وَتَخْرُجُ مِنَ الْعِدَّةِ إِنْ كَانَتِ

الْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ . وَأَقَلُّ مُدَّةِ عِدَّةٍ بِحَيْضٍ : سِتُّونَ يَوْمًا لِلْحُرَّةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٥١/٢) : « (وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له :قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة) . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج وتصح الرجعة والخلاف فيما إذا قالت له على الفور متصلا بكلامه أما إذا سكتت ساعة ثم قالت له ذلك صحت الرجعة بالإجماع وتستحلف في هذه المسألة عند أبي حنيفة ؛ لأنها بنكولها تبذل الامتناع من الأزواج والكون في منزل الزوج وهذا مما يصح بذله فلهذا صح منها ، ولا يقال : إذا نكلت صحت الرجعة ، والرجعة لا يصح بذلها فنقول إنما ثبت بنكولها العدة والزوج يملك الرجعة من طريق الحكم لبقاء العدة لا بقولها ولو بدأت المرأة بالكلام فقالت : انقضت عدتي فقال الزوج مجيبا لها موصولًا بكلامها : راجعتك لم تصح الرجعة كذا في الخجندي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٨/٥ ، ٩) : « (وإذا ادعت) المعتدة البالغة العاقلة (انقضاء عدة أشهر) كأن تكون آيسة (وأنكر) زوجها ذلك (صدق بيمينه) لرجوع ذلك إلى الاختلاف في وقت طلاقه ، والقول قوله فيه فكذا في وقته ؛ لأن القاعدة أن من قبل قوله في شيء قبل قوله في صفته ، ولو انعكست الصورة فإن ادعى الانقضاء وأنكرت صدقت بيمينها كما في الروضة وأصلها ؛ لأنها غلظت على نفسها كذا قالاه ، قال الإسنوي : وهذا بالنسبة لتطويل العدة خاصة ، وأما النفقة في المدة الزائدة على ما يقوله الزوج فلا تستحقها كما قاله صاحب الشامل والكافي ، وحكاه في البحر عن نص الإملاء ، أما الصغيرة والمجنونة فلا يقع الاختلاف معهما ؛ لأنه لا حكم لقولهما (أو) لم تدع انقضاء أشهر بل ادعت (وضع حمل) حي أو ميت كامل أو ناقص ولو مضغة (لمدة إمكان) وسيأتي بيانها قريبا (وهي ممن تحيض لا آيسة فالأصح تصديقها بيمين) منها في وضع الحمل المذكور فيما يرجع لانقضاء العدة فقط ، لأن النساء مؤتمنات على ما في أرحامهن ؛ ولأن البينة على الولادة قد تعسر أو تتعذر ، والثاني : لا وتطالب بالبينة لأنها مدعية ، والغالب أن القوابل يشهدن بالولادة ، أما النسب والاستيلاد كما في الأمة تدعي وضع الولد من سيدها فلا يثبت الوضع بالنسبة لذلك إلا ببينة كما قاله الرافعي وغيره ، وفرق بأن المرأة غير مؤتمنة في النسب ، وبأن الأمة تدعي بالولادة زوال ملك متيقن ، ولا بد من انفصال كل الحمل حتى لو خرج بعضه فراجعها صحت الرجعة ، ولو ولدت ثم راجعها ثم ولدت آخر لدون ستة أشهر صحت الرجعة وإلا فلا ، واحترز بقوله : مدة إمكان عما إذا لم يمكن كما سيأتي ، وبقوله : وهي ممن تحيض عن الآيسة والصغيرة كما صرح بها المصنف ، فلا يصدقان في دعوى الوضع ، وكما صرح بها في المحرر ، وأسقطها المصنف ؛ لأنه لا يقع الاختلاف معها كما مر ، كذا قال الرافعي ومن لم تحض ؛ لأن من لا تحيض لا تحبل كذا قاله هنا ، ولكنه ذكر في العدد ما يفهم إمكان الحبل فيها وهو المعتمد فيحمل كلامه هنا على الغالب وأما مدة الإمكان فبينها بقوله (وإن ادعت ولادة تام فإمكانه) أي أقل مدة تمكن فيها ولادته (ستة أشهر ولحظتان من وقت) إمكان اجتماع الزوجين بعد (النكاح) كما قاله في الروضة ؛ لأن النسب يثبت بالإمكان ، واعتبرت الستة لأنها أقل مدة الحمل كما استنبطه علي رضي الله تعالى عنه من قوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال : ﴿ وَفِصَٰلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ واللحظتان : لحظة للوطء ، ولحظة للولادة (أو) ولادة (سقط مصور فمائة) أي فأقل إمكانه مائة (وعشرون يوما ولحظتان) من وقت إمكان اجتماع الزوجين بعد العقد (أو) لم تدع المعتدة وضع حمل بل ادعت إلقاء (مضغة بلا صورة) وشهد القوابل بأنها أصل آدمي (فثمانون) أي فأقل إمكانه ثمانون (يوما ولحظتان) من وقت إمكان الاجتماع ، ودليل هذين القسمين خبر الصحيحين : « إن أحدكم يجمع خلقه في =

= بطن أمه أربعين يومًا نطفة يكون علقة ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : بكتب رزقه وأجله وشقي أو سعيد » واستشكل هذا الحديث بخبر انفرد به مسلم ، وهو : « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكًا فصورها » الحديث .

وأجيب بأجوبة منها أن الخبر الأول أصح ، ومنها أن هذا من الترتيب الإخباري وهو أن يخبر بالمتوسط أو المؤخر أولا ، فلا يشترط فيه الترتيب . فكأنه قال : أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا ومنها أن يحمل التصوير في الثاني على غير التام ، وفي الأول على التام ، ومنها أن يحمل الثاني على التصوير بعد المدة المعتادة من الأول ، ولا يمنع منه فاء ، فصورها إذ التقدير فمضت مدة ، فصورها : كما في قوله تعالى : ﴿ فَجَعَلَهُۥ غُثَآءً أَحْوَىٰ ﴾ فإن ادعت الوضع أي في أي قسم لأقل مما ذكر فيه لم تصدق وكان للزوج رجعتها ، فائدة : لا ولد في الجنة ، وأما ما رواه الترمذي من أن المؤمن إذا اشتهى الولد في الجنة كان وضعه وحمله في ساعة كما يشتهي ؛ فمحمول على أنه لو اشتهاه لكان ، لكنه لم يشتهه . (أو) ادعت المعتدة (انقضاء) مدة (أقراء) نظر فيها (فإن كانت حرة وطلقت في طهر) وهي معتادة (فأقل الإمكان) لانقضاء أقرائها (اثنان وثلاثون يوما ولحظتان) وذلك بأن تطلق ، وقد بقي لحظة من الطهر وهي قرء ثم تحيض يومًا وليلة ثم تطهر خمسة عشر يومًا وذلك قرء ثان ، ثم تحيض يوما وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر وذلك قرء ثالث ثم تطعن في الحيضة ، وهذه الحيضة ليست من العدة بل لاستيقان انقضائها فلا تصلح لرجعة ولا لغيرها من أثر نكاح المطلق كإرث وإن أوهم كلام المصنف خلافه ، أما المبتدأة فأقل الإمكان فيها ثمانية وأربعون يوما ولحظة للطعن ، فإن الطهر الذي طلقت فيه ليس بقرء ؛ لأنه ليس بمحتوش بدمين ، ولا تعتبر لحظة أخرى لاحتمال طلاقها في آخر جزء من ذلك الطهر (أو) طلقت حرة (في حيض) وهي معتادة أو مبتدأة (فسبعة) أي فأقل إمكان انقضاء أقرائها سبعة (وأربعون) يوما (ولحظة) وذلك كأن يعلق طلاقها بآخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يوما ، ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما ثم تطعن في الحيض ، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ، ولا يحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول ؛ لأن اللحظة هناك تحسب قرءا (أو) كانت ، (أمة) ولو مبعضة (وطلقت في طهر) وهي معتادة (فستة) أي فأقل إمكان انقضاء أقرائها ستة (عشر يوما ولحظتان) وذلك بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر فتحسب قرءا ثم تحيض بعدها يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يومًا ، ثم تطعن في الدم لحظة يتبين بها تمام الطهر ، أما المبتدأة فأقل الإمكان فيها اثنان وثلاثون يومًا ولحظة بناء على اشتراط الاحتواش وهو الراجح (أو) طلقت أمة ولو مبعضة (في حيض) وهي معتادة أو مبتدأة (فأحد) أي فأقل إمكان انقضاء أقرائها أحد (وثلاثون) يوما (ولحظة) وذلك كأن يعلق طلاقها بآخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يومًا ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يومًا ثم تشرع في الحيض ، والطلاق في النفاس كالطلاق في الحيض .

تنبيه : هذا كله في الذاكرة ، فلو لم تذكر هل كان طلاقها في حيض أو طهر ، قال الماوردي : أخذت بالأقل وهو أنه طلقها في الطهر ، وقال شيخه الصيمري : أخذت بالأكثر لأنها لا تخرج من عدتها إلا بيقين ، وهذا كما قال الأذرعي والزركشي : هو الاحتياط والصواب . (وتصدق) المرأة حرة كانت ، أو غيرها في دعوى انقضاء عدتها بأقل مدة الإمكان (إن لم تخالف) فيما ادعته (عادة) لها (دائرة) بأن لم يكن لها عادة مستقيمة في طهر وحيض أو كانت مستقيمة فيهما ، أو لم يكن لها عادة أصلًا ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ولأنه لا يعرف إلا من جهتها فصدقت عند الإمكان ، فإن كذبها =

١٣١١ - فقد علمت أن من طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فله أن يراجعها ما دامت العدة ، فإن انقضت فليس له مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين فإن أراد الزوج مراجعتها مدعيًا أن العدة باقية ووافقته على ذلك فبها ، وإن خالفته وادعت أن العدة انقضت وإنه لا يملك الرجعة فإما أن تكون العدة بالأشهر أو بالحيض .

١٣١٢ - فإن كان الأول فالأمر سهل إذ ينظر إلى تاريخ الطلاق والوقت الذي حصل فيه النزاع فإن كان ثلاثة أشهر أو أكثر كان القول قولها بيقين وإن كان أقل فالقول قوله .

= الزوج حلفت ، فإن نكلت حلف وثبت له الرجعة ، (وكذا إن خالفت) بأن كانت ، عادتها الدائرة أكثر من ذلك فادعت مخالفتها لما دونها مع الإمكان فتصدق (في الأصح) لأن العادة قد تتغير ، فإن كذبها الزوج حلفت ، ويأتي فيه ما مر ، والثاني : لا تصدق للتهمة وقال الروياني : إنه المختار في هذا الزمان ، ولو مضى زمن العادة فادعت زائدًا عليها ، فنقلا في أواخر العدة عن الإمام أن الذي يدل عليه كلام الأصحاب تصديقها وجهًا واحدًا ، وعلى الزوج السكنى ، ثم أبديًا فيه احتمالًا ؛ لأنا لو صدقناها لربما تتمادى في دعواها إلى سن اليأس ، وفيه إجحاف بالزوج » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢٣٤/٢) : « قلت : أرأيت إن قال الرجل لامرأته وقد كان طلقها : قد راجعتك ، فقالت مجيبة له : قد انقضت عدتي وأكذبها الزوج ، قال : ينظر في ذلك فإن كان قد مضى من الزمان ما تنقضي في مثله العدة صدقت ، وكان القول قولها . قلت : فإن سكتت حتى أشهد على رجعتها ثم قالت بعد ذلك بيوم أو أقل من ذلك إنك أشهدت على رجعتي وإن عدتي قد كانت انقضت قبل أن تشهد على رجعتي ، قال : لا تصدق . قلت : ولم صدقتها في القول الأول ، قال : لأنها في القول الأول مجيبة له فردت عليه الرجعة وأخبرته أن مراجعته إياها ليس بشيء ، وفي مسألتك الآخرة قد سكتت وأمكنته من رجعتها ثم أنكرت بعد ، فلا تصدق على الزوج ؛ لأن الرجعة قد ثبتت للزوج بسكوتها ؛ لأن مالكًا قال لي في المرأة تطلق وتزعم أنها قد حاضت ثلاث حيض في شهر أو تزعم أنها قد أسقطت قال : أما الحيض فتسأل النساء فإن كن يحضن لذلك ويطهرن صدقت ، وأما السقط فإن الشأن فيه أنهن فيه مأمونات على ذلك ولا تكاد تسقط المرأة إلا علم بذلك الجيران ، ولكن الشأن في ذلك أن يصدقن ، ويكون القول قولها ، وكذلك قال مالك » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٦١/٩) : « (وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنًا إلا أن تدعيه بالحيض في شهر ، فلا يقبل إلا ببينة) ، هذا المذهب ، نص عليه قال في الوجيز : إذا ادعته الحرة بالحيض في أقل من تسعة وعشرين يوما ولحظة : لم يقبل إلا ببينة ، وجزم بما جزم به المصنف هنا : الشارح ، وابن منجا في شرحه ، وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، والزركشي ، وغيرهم . كخلاف عادة منتظمة في أصح الوجهين ، وظاهر قول الخرقي : قبول قولها مطلقًا إذا كان ممكنا ، واختاره أبو الفرج ، وذكره ابن منجا في شرحه ، والفروع رواية عن الإمام أحمد رحمه الله ، كثلاثة وثلاثين يومًا ، ذكره في الواضح ، والطريق الأقرب ذكره في الفروع في باب العدد وأقل ما يصدق في ذلك : تسعة وعشرون يوما ولحظة ، وهو من المفردات » .

١٣١٣ - وإن كان الثاني فالقول لها ؛ لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها ، وكل شيء لا يعلم إلا من جهة شخص يكون القول فيه قوله ولكن لما كان للزوج حق في المراجعة إن كانت العدة باقية فلا تصدق إذا أنكرت بقاءها بمجرد القول بل لابد من تحليفها اليمين على أن عدتها من هذا الطلاق قد انقضت فإذا حلفت انقطعت الرجعة ولكن تصديق المرأة بيمينها في انقضاء العدة لا يكون في كل حال من الأحوال بل لابد أن يكون الزمن الذي مضى من تاريخ الطلاق إلى الوقت الذي تدعي فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وأقل زمن يحتمل انقضاء العدة بالنسبة للحرة ستون يومًا وبيانه أنها تحتاج إلى ثلاث حيض ، كل حيضة عشرة أيام وإلى طهرين ، كل طهر خمسة عشر يوما لأنه أقل زمن يفصل بين الحيضتين فالمجموع ستون يومًا وبالنسبة للرقيقة خمسة وثلاثون يومًا لاحتياجها إلى حيضتين وطهر ؛ وهذا قول الإمام الأعظم .

١٣١٤ - وقال الصاحبان : أقل زمن للحرة تسعة وثلاثون يومًا لأن أقل الحيض ثلاثة أيام وهي تحتاج إلى ثلاث حيض بتسعة أيام وطهرين بثلاثين يومًا وللرقيقة واحد وعشرون يومًا لاحتياجها إلى حيضتين وطهر ولكن الإمام أخذ بالاحتياط [1] .

(مادة ٢٣٧)

الرَّجْعَةُ لاَ تَهْدِمُ الطَّلَقَاتِ السَّابِقَةَ ، بَلْ إِذَا رَاجَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ بَعْدَ طَلْقَتَيْنِ ، ثُمَّ أَوْقَعَ عَلَيْهَا الثَّالِثَةَ ، زَالَ مِلْكُهُ وَحِلُّهَا لَهُ ، إِلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ ، وَيُفَارِقَهَا بَعْدَ الْوَطْءِ فِي الْقُبُلِ بِطَلاَقٍ أَوْ مَوْتٍ [2] .

١٣١٥ - وقد عرفت في شرح مادة (٢٢٦) أن الطلاق ينقسم انقسامًا أوليًا إلى قسمين الأول رجعي والثاني بائن ، والثاني ينقسم إلى قسمين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

١٣١٦ - فإذا كان الطلاق رجعيًا وحصلت الرجعة من الزوج فهذه الرجعة لا تزيل الطلقات السابقة عليها ، ويستوي في هذا الحكم الطلاق الذي حصلت الرجعة لأجله

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٨) يقع كل طلاق رجعيا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص هذا القانون على بينونته .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٢٣٠) .

وغيره وينبني على ذلك أن الزوج إذا راجع زوجته بعد ما أوقع عليها طلقة أو راجعها بعد ما أوقع عليها طلقتين ثم أوقع عليها بعد الرجعة طلقتين في الصورة الأولى وطلقة في الصورة الثانية زال الملك والحل ؛ لأن الطلاق صار بائنا بينونة كبرى فلا يجوز له ردها إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولًا حقيقيًا وتقع الفرقة بينهما وتنقضي عدتها وهذا بالاتفاق .

١٣١٧ - وإذا كان الطلاق بائنًا بينونة كبرى وعادت إلى الزوج الأول بعد ما تزوجها غيره ملك عليها ثلاث طلقات اتفاقًا لأنها عادت إليه بحل جديد وإذا كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى وعادت إلى الزوج الأول قبل أن تتزوج بغيره عادت إليه بما بقي له من الملك الأول اتفاقًا ، وإن كان بعد تزوجها بغيره ففيه خلاف وستأتي هذه المسألة في مادة (٢٤٩) .

(مادة ٢٣٨)

يَتَعَجَّلُ الْمُؤَجَّلُ مِنَ الْمَهْرِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ . فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ رَجْعِيًّا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، صَارَ مَا كَانَ مُؤَجَّلًا فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الْمَهْرِ حَالًّا ، فَتُطَالِبُهُ بِهِ . وَإِنَّمَا يَحِلُّ الْمُؤَجَّلُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُنَجَّمًا ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، فَلاَ يَتَعَجَّلُ ، بَلْ تَأْخُذُهُ عَلَى نُجُومِهِ وَأَقْسَاطِهِ فِي مَوَاعِيدِهَا (١) .

* * *

١٣١٨ - والذي علم أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ، وينبني على ذلك أن المؤجل من المهر إلى الفراق لا يتعجل بمجرد الطلاق الرجعي ؛ لأن الملك باق ما دامت العدة فإذا انقضت العدة زال الملك فيحل المؤجل وهذا مخالف للطلاق البائن بنوعيه فإن المؤجل يتعجل بمجرد الطلاق بلا توقف على انقضاء العدة ؛ لأن الملك قد زال في البائن بينونة صغرى والملك والحل قد زالا في البائن بينونة كبرى .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٩٠/٣) : « إذا كان التأجيل إلى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق كما يقع في ديار مصر في بعض الأنكحة أنهم يجعلون بعضه حالًا وبعضه مؤجلًا إلى الطلاق أو إلى الموت وبعضه منجمًا في كل سنة قدر معين ، فإذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم ؛ لأنها تأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبل الطلاق على نجومه ، وذكر قولين في الفتاوى الصيرفية في كونه يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعي مطلقًا أو إلى انقضاء العدة ، وجزم في القنية بأنه لا يحل إلى انقضاء العدة ، قال وهو قول عامة مشايخنا » .

١٣١٩ - ولكن محل تعجيل المؤجل في الطلاق الرجعي بانقضاء العدة وفي غيره بمجرد الطلاق إذا لم يكن المهر مقسطًا على أقساط معلومة يدفع في نهاية كل شهر أو سنة مثلًا قسط معلوم فإن كان كذلك فلا يتعجل بما ذكروا إنما يتعجل بحلول الوقت المتفق عليه .

١٣٢٠ - فإذا تزوج رجل امرأة بمهر قدره مائة وعشرون جنيهًا مثلًا واتفقا على أن يكون النصف معجلًا والنصف مؤجلًا لا يحل إلا بالفراق وطلقها طلاقًا رجعيًا فلا تستحق النصف المؤجل إلا بعد انقضاء العدة فإن كان الطلاق بائنًا بنوعيه حل هذا المبلغ بمجرد الطلاق .

١٣٢١ - فإن اشترط الزوجان في العقد المذكور أن الستين الباقية يدفع منها كل سنة عشرون جنيها وحصلت الفرقة بينهما بعد تاريخ العقد بسنة ولو كانت بالطلاق البائن بينونة كبرى لم يحل المبلغ الباقي إلا عند حلول الزمن المتفق عليه [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٢) : الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارة لا يقع إلا واحدًا .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٠) : الطلاق المقترن بالعدد لفظًا أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٣) : الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشاره لا يقع إلا واحدة .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : كيف يتم الطلاق ،
« لا يتم الطلاق إلا بالإشهاد به لدى العدلين بحضور الطرفين (الزوج والزوجة) وبعد إذن القاضي المكلف بالتوثيق » .
« يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية » .
« للحصول على إذن القاضي المكلف بالتوثيق من أجل الطلاق يتعين تقديم طلب إليه في الموضوع مرفق بالوثائق التالية : « نسخة من عقد الزواج » .
« صورة للبطاقة الوطنية » . « شهادة السكنى » .
« صورة لدفتر الحالة المدنية إذا كان للراغب في الطلاق أولاد » .
« جميع الوثائق التي تثبت الوضعية المادية مثل شهادة الدخل ، وشهادة الضريبة التجارية » .
« يستدعي القاضي الطرفين لإجراء محاولة الصلح : »
« إذا حضر الزوجان أجرى القاضي محاولة الصلح بينهما بكل الوسائل التي يراها ملائمة، بما في ذلك الاستعانة بمجلس العائلة » .
« إذا توصلت الزوجة ولم تحضر مرحلة الصلح يقوم القاضي بالإجراءات اللازمة من أجل إصدار الإذن بالطلاق » .
« يحدد القاضي - عند فشل محاولة الصلح - مبلغًا ماليًا يضعه الزوج بصندوق المحكمة ضمانًا لتنفيذ الالتزامات التي ستترتب عن الطلاق » .
« يأذن القاضي بعد ذلك بالإشهاد بالطلاق لدى العدلين » .
« تستدعى الزوجة إذا لم تحضر في مرحلة الصلح ، وتشعر إذا حضرت من أجل الحضور لدى العدلين للإشهاد بالطلاق » .

القسم الثاني
في الطلاق البائن ونوعيه
وأحكام كل منهما

(مادة ٢٣٩)

يَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِنًا بِصَرِيحِ لَفظِ الطَّلَاقِ ، إِذَا أُضِيفَ اللَّفظُ إِلَى المَرْأَةِ المَدْخُولِ بِهَا مَقْرُونًا بِعَدَدِ الثَّلَاثِ ، نَصًّا أَوْ إِشَارَةً بِالأَصَابِعِ ، مَعَ ذِكْرِ لَفظِ الطَّلَاقِ ، أَوْ مَنْعُوتًا بِنَعْتٍ حَقِيقِيٍّ أَوْ مُضَافًا إِلَى أَفْعَل تَفضِيلٍ يُنْبِئَانِ عَنِ الشِّدَّةِ وَالزِّيَادَةِ ، أَوْ مُشَبَّهًا بِمَا يَدُلُّ عَلَى البَيْنُونَةِ .

فَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً ، أَوْ طَوِيلَةً ، أَوْ عَرِيضَةً ، أَوْ أَشَدَّ الطَّلَاقِ ، أَوْ أَطْوَلَهُ ، أَوْ أَعْرَضَهُ ، أَوْ تَطْلِيقَةً كَالجَبَلِ . تَقَعُ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ ، أَوِ البَتَّةَ . بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ ، سَوَاءٌ نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ. وَإِنْ نَوَى بِذَلِكَ الثَّلَاثَ ، وَقَعْنَ .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا بِثَلَاثَةِ أَصَابِعَ مَنْشُورَةً قَائِلًا : أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا . بَانَتْ بَيْنُونَةً كُبْرَى .

وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ أَكْثَرَ الطَّلَاقِ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ مِرَارًا أَوْ أَلْفَ مَرَّةٍ [1] .

* * *

---

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٩ ، ١٠) : « الصريح البائن أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق ، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونًا بعدد الثلاث نصًّا أو إشارة أو موصوفًا بصفة تدل عليها إذا عرف هذا ، فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائنًا ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعًا بخلاف الأصل فيقتصر على مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الأصل ، ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق .

وقال : لم أجامعها كان طلاقا بائنا حتى لا يملك مراجعتها ، وإن كان للخلوة حكم الدخول ؛ لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان بائنًا وكذلك إذا كان مقرونًا بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال ؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول ، وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة ، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائنا . وكذلك إذا كان مقرونًا بعدد =

= الثلاث نصًا بأن قال لها : أنت طالق ثلاثًا لقوله ﷻ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها : أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى وإن أشار بإصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة وإن أشار باثنتين فهي اثنتان ؛ لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف والشرع أيضًا ، أما العرف فظاهر .
(وأما) الشرع فقول النبي ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » . وأشار ﷺ بأصابع يديه كلها . فكان بيانًا أن الشهر يكون ثلاثين يومًا ثم قال ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وحبس إبهامه في المرة الثالثة » فكان بيانًا أن الشهر يكون تسعة وعشرين يومًا ، وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : أنت طالق ثلاثا ، والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة ، والدليل عليه أن النبي ﷺ لما قال : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض إبهامه في المرة الثالثة » فهم منه تسعة وعشرون يومًا ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدًا وعشرين يومًا ، فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض . وكذا إذا كان موصوفًا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله : أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا .
وقال الشافعي : يقع واحدة رجعية وجه قوله : أنه لما قال : أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وأنه معقب للرجعة ، فلما قال : بائن فقد أراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال : أعرتك عارية لا رد فيها ، وكما لو قال : أنت طالق . وقال : أردت به الإبانة ، ولنا أنه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الأول وأنه مما يحتمل البينونة ألا ترى أنه تحصل البينونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة ، فكان قوله : بائن قرينة مبينة لا مغيرة ، ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والأخرى بقوله بائن ونحو ذلك ؛ لأن قوله : بائن ونحو ذلك يصلح وصفا للمرأة بالطلاق الأول فلا يثبت إلا مقتضى واحد ؛ لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالأدنى .
وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة ؛ لأن الشدة تنبئ عن القوية ، والقوي هو البائن . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة ؛ لأن الطول والعرض يقتضيان القوة ، ولو قال لها : أنت طالق من هنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر هو بائن . وجه قوله أنه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة (ولنا) أنه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى ؛ لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصر على بعض الأماكن وصفا له بالقصر ، والطلقة القصيرة هي الرجعية ، ولو قال : أنت طالق أشد الطلاق ، فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائنا وإن نوى ثلاثًا فثلاث ؛ لأن ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت ، وذلك في الواحدة البائنة ؛ لأنها أشد حكمًا من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولو قال لها : أنت طالق ملء البيت فإن نوى الثلاث كان ثلاثًا وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة ؛ لأن قوله : ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد ، ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه ، وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقنًا بها ، ولو قال لها : أنت طالق أقبح =

= الطلاق قال أبو يوسف : هو رجعي .
وقال محمد هو بائن . وجه قول محمد إنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائنًا ولأبي يوسف أن قوله : أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي ، وهو الكراهية الشرعية ويحتمل القبح الطبعي وهو الكراهية الطبيعية وهو أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعًا فلا تثبت البينونة فيه بالشك .
وكذا قوله : أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الإبانة ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه ، فلا تثبت البينونة بالشك ، ولو قال : أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية ؛ لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك ، ولو قال لها : أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة ؛ لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ، ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين : إما أن شبه بالعدد فيما له عدد وإما أن شبه بالعدد فيما لا عدد له فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها : أنت طالق كألف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول : (الأول) هذا . (والثاني) أن يقول لها : أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف ، والثالث أن يقول لها : أنت طالق كعدد ألف . (أما) الفصل الأول ، فإن نوى ثلاثًا فهو ثلاث بالإجماع ، وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال : محمد هو ثلاث ، ولو قال : نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء . وجه قوله أن قوله : كألف تشبيه بالعدد إذ الألف من أسماء الأعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها : أنت طالق كعدد ألف ، ولو قال ذلك كان ثلاثًا كذا هذا ، ولهما أن التشبيه بالألف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة ، فإن الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة ، وإذا كان محتملا لهما فلا يثبت العدد إلا بالنية ، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولا يحمل على العدد بالشك .
وأما الفصل الثاني وهو ما إذا قال : أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعًا ؛ لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة . وذلك في البائن فيقع بائنًا .
وأما الفصل الثالث وهو ما إذا قال لها : أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث ، فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة ؛ لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد فلا يصدق أنه ما أراد به الثلاث أصلًا كما إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ونوى الواحدة ، وإن شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال : أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .
وجه قول أبي يوسف أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه ، وقوله : أنت طالق . ولأبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربًا من الزيادة لا محالة ، ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة ، وقالوا فيمن قال : لامرأته أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر ، وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة ؛ لأنه شبه بما لا عدد له ؛ لأنه علق الطلاق بوجود الشعر =

١٣٢٢ - قد عرفت أن الطلاق ينقسم إلى قسمين رجعي وبائن والبائن إلى نوعين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى ، وقد تقدم القسم الأول بجميع ما يتعلق به والكلام الآن إنما هو في القسم الثاني بنوعيه فيقع الطلاق بائنًا في الأحوال الآتية.

١٣٢٣ - إذا كان لفظ الطلاق مقرونًا بعدد الثلاث سواء كان هذا الاقتران نصًا كأنت طالق ثلاثا أو إشارة بالأصابع مع ذكر لفظ الطلاق كأنت طالق هكذا مشيرًا بثلاث أصابع. والطلاق الواقع عند هذا الاقتران بائن بينونة كبرى ؛ لأنه ثلاث فلو كانت الإشارة بإصبعين فلا يقع الاثنتان ولو بإصبع فواحدة .

١٣٢٤ - ويقع الطلاق بائنًا بينونة كبرى أيضًا إذا قال لها : أنت طالق أكثر الطلاق أو أنت طالق مرارًا أو ألف مرة ؛ لأن أكثره ثلاث فيقع ومرارًا جمع وأقل الجمع ثلاثة فيقع الثلاث ، وإنما لم يقع في ألف مرة إلا ثلاث طلقات لأنها هي المملوكة له ، إذ ليس

= على راحته أو على ظهر كفه للحال ، وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبيه بالعدد فلغا التشبيه وبقي قوله : أنت طالق فيكون رجعيًا ، ولو قال : أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثًا ؛ لأنه شبه بما له عدد ؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجودًا في الحال فكان هذا تشبيهًا به حال وجوده ، وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال ، فيلغو التشبيه ، ولو قال لها : أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .
وجه قول أبي يوسف أن قوله : مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد ؛ لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ، ولأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لأنه ليس بذي عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة ؛ لأنها المتيقن بها ، ولو قال مثل عظم الجبل أو قال : مثل عظم كذا فأضاف ذلك إلى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة وإن نوى ثلاثًا فهو ثلاث ؛ لأنه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم إن كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة ؛ لأن الزيادة فيها لا تكون إلا البينونة وإن كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث فإن نوى الثلاث يكون ثلاثًا ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى ، والأدنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ، ولو قال : أنت طالق مثل هذا وهذا ، وأشار بثلاث أصابع فإن نوى به ثلاثًا فثلاث وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة ؛ لأنه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة ، وهي الشدة فإذا نوى به الثلاث صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله : أنت طالق كألف وإذا نوى به الواحدة كانت واحدة ؛ لأنه أراد به التشبيه في الصفة . وكذا إذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لأنه أدنى » .

له أن يوقع أكثر من الثلاث ، وحينئذٍ يكون أتى بما يملك وما لا يملك ، فالذي يملكه يقع والذي لا يملكه يلغو .

١٣٢٥ - ويقع الطلاق بائنا أيضا إذا كان منعوتا بنعت حقيقي أو سببي يدل كل منهما على الشدة سواء كان النعت أفعل التفضيل أو غيره فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق طلقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو طلقة شديدًا حكمها أو أنت طالق أشد الطلاق أو أخبث الطلاق وقع الطلاق بائنًا بينونة صغرى .

١٣٢٦ - ويقع الطلاق بائناً أيضًا إذا كان مشبها بما يدل على البينونة كأنت طالق تطليقة كالجبل كما أنه يقع البائن بقوله : أنت طالق بائن أو البتة .

١٣٢٧ - والبائن في هذه الأحوال يكون بائنا بينونة صغرى إن نوى واحدة أو اثنتين أو لم ينو شيئا ، وإن نوى ثلاثًا فثلاث ؛ لأن الواقع بائن والبينونة متنوعة إلى خفيفة وغليظة فتصح نية التغليظ ولا تكتف بما كتب هنا على هذه المادة بل أرجع إلى شرح مادة (٢٢٧) تجد الكفاية .

(مادة ٢٤٠)

كُلُّ طَلاَقٍ يَلْحَقُ الْمَرْأَةَ غَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا ، فَهُوَ بَائِنٌ . فَمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا : أَنْتِ طَالِقٌ . بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ ، وَلاَ عِدَّةَ عَلَيْهَا .

وَكَذَا لَوِ اخْتَلَى بِهَا بِلاَ وَطْءٍ ، وَلَكِنْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ . فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلاَثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، وَقَعْنَ . وَإِنْ فَرَّقَ الثَّلاَثَ ، بَانَتْ بِالأُولَى، فَلاَ تَلْحَقُهَا الثَّانِيَةُ وَلاَ الثَّالِثَةُ (١) .

* * *

١٣٢٨ - ويقع الطلاق بائنًا أيضًا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها دخولا حقيقيًا ولو كان الطلاق عاريًا عن الأوصاف التي تقدمت في شرح المادة السابقة ، فكل طلاق يلحق الزوجة غير المدخول بها يكون بائنا وينبني على هذا أنه لو قال الزوج لزوجته غير المدخول بها أصلًا : أنت طالق أو أنت مطلقة أو طلقتك وقعت عليها طلقة بائنة لا رجعية ، وكذا لو قال لزوجته المختلى بها خلوة صحيحة بلا وطء لفظًا من ألفاظ الطلاق المتقدمة كان الطلاق بائنًا أيضا وإن لزمتها العدة لأن الخلوة الصحيحة لا تقوم

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (٤١/٤) : « لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا » .

مقام الوطء في الرجعة كما عرفته في مادة (٨٣) .

١٣٢٩ - وإنما كان الطلاق الواقع على غير الدخول بها بائنًا مطلقًا ؛ لأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة ، وهي أن الزوج له مراجعتها ما دامت فيها فإذا انقضت بانت منه وحيث إن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا فائدة في جعل الطلاق رجعيا وينبني على عدم العدة بالنسبة لغير المدخول بها أن الزوج إذا قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ؛ فلا يقع إلا الأولى لأنه حيث لا عدة عليها بمجرد قوله لها أنت طالق واحدة بانت منه لا إلى عدة فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة ؛ لأن الطلاق لم يصادف محله إذ هي في هذه الحالة أجنبية منه ؛ لأنها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولما كان هذا لا يأتي عندما يقول لها : أنت طالق ثلاثًا أي بكلمة واحدة لأنه ليس معنا سابق ولا حق حتى نوقع السابق ونلغي اللاحق وقع الثلاث .

١٣٣٠ - وأما المدخول بها فيقع عليها الثلاث في الحالتين أي سواء كان الثلاث بكلمة واحدة أو متفرقات لوجود العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل الطلاق فيقع حتى إذا طلق الزوج امرأته المدخول بها طلقة وانقضت عدتها فأوقع عليها ثانية فلا تقع ؛ لأنها غير محل له ، وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢٢٤) .

(مادة ٢٤١)

مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلاَقًا رَجْعِيًا بِوَاحِدَةٍ أَوِ اثْنَتَيْنِ لَوْ حُرَّةً ، وَلَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، بَانَتْ بَيْنُونَةً صُغْرَى مَلَكَتْ بِهَا نَفسَهَا ، فَلاَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ عَلَيْهَا .

* * *

١٣٣١ - ويكون الطلاق بائنًا أيضا إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي ؛ لأن فائدة الطلاق الرجعي ؛ إنما تظهر في العدة لا بعدها وينبني على ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا سواء كان بواحدة أو اثنتين لو كانت حرة فما دامت في العدة فله أن يراجعها بدون عقد ومهر جديدين ولا يشترط رضاها ، فإن انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها ، فإذا أراد ردها إليه فلابد من عقد ومهر جديدين ولابد من رضاها .

(مادة ٢٤٢)

مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلاقًا وَاحِدًا مَقْرُونًا بِعِوَضٍ ، وَقَبِلَتْ فِي مَجْلِسِهَا ، بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ .

١٣٣٢ - ويقع الطلاق بائنًا أيضًا متى اشترط الزوج في الطلاق عوضًا تدفعه إليه المرأة ولكن يشترط قبولها ، فإذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق في نظير عشرين جنيهًا فقبلت المرأة ذلك في المجلس وقع الطلاق بائنًا ولزمها دفع هذا المبلغ إلى الزوج ، وإنما كان هذا الطلاق بائنا ؛ لأن غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون إلا بالطلاق البائن ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج ؛ إذ له إرجاعها إليه وإن لم ترض .

(مادة ٢٤٣)

مَنْ قَالَ : كُلُّ حِلٍّ أَوْ حَلَال اللهِ أَوْ حَلالِ الْمُسْلِمِينَ عَلَيَّ حَرَامٌ . طَلُقَتْ جَمِيعُ نِسَائِهِ طَلْقَةً وَاحِدَةً بَائِنَةً بِلا نِيَّةٍ . وَإِنْ نَوَى بِذَلِكَ الثَّلاثَ ، وَقَعْن [١] .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٤٢/٣ ، ٧٤٣) : « (كل حل) أو حلال الله أو حلال المسلمين (علي حرام) زاد الكمال : أو الحرام يلزمني ونحوه (فهو على الطعام والشراب ، و) لكن (الفتوى) في زماننا (على أنه تبين امرأته) بطلقة ، ولو له أكثر بن جميعًا بلا نية ، وإن نوى ثلاثًا فثلاث ، وإن قال : لم أنو طلاقًا لم يصدق قضاء لغلبة الاستعمال ولذا لا يحلف به إلا الرجال ظهيرية (وإن لم تكن له امرأة) وقت اليمين سواء نكح بعده أو لا (فيمين) فيكفر بأكله أو شربه لو يمينه علي آت ، ولو بالله علي ماض فغموس أو لغو ، ولو له امرأة وقتها فبانت بلا عدة فأكل فلا كفارة لانصرافها للطلاق وقد مر في الإيلاء » .
وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٢/٧ ، ٢٦٣) : « لو قال : كل حل علي حرام ، أو حلال الله أو حلال المسلمين علي حرام ، كان يمينًا على ترك الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك ، وهذا استحسان .
وقال المالكية : تحريم الحلال في غير الزوجة لغو لا يقتضي شيئًا ، إلا إذا حرم الأمة ناويا عتقها ، فإنها تعتق ، فمن قال : الخادم أو اللحم أو القمح علي حرام إن فعلت كذا ، ففعله ، فلا شيء عليه ، ومن قال : إن فعلت كذا فزوجتي علي حرام ، أو فعلي الحرام ، يلزمه بت طلاق المدخول بها - ثلاثًا - ما لم ينو أقل من الثلاث فيلزمه ما نوى ، أما غير المدخول بها فيلزمه طلقة واحدة ما لم ينو أكثر . هذا هو مشهور المذهب ، وقيل : يلزمه في المدخول بها واحدة بائنة كغير المدخول بها ما لم ينو أكثر ، وقيل : يلزمه في غير المدخول بها ثلاث كالمدخول بها ما لم ينو أقل . ولو قال : كل حلال علي حرام ، فإن استثنى الزوجة لم يلزمه شيء ، وإلا لزمه فيها ما ذكر .

فَإِنْ قَالَ : الْحَرَامُ يَلْزَمُنِي ، أَوْ : حَرَّمْتُكِ ، أَوْ : أَنْتِ مَعِي فِي الْحَرَامِ. بَانَتْ الْمُخَاطَبَةُ بِذَلِكَ ، وَلَوْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقًا . وَإِنْ كَانَ لَهُ امْرَأَةٌ غَيْرُهَا، فَلا يَقَعُ عَلَيْهَا شَيْءٌ (١) .

* * *

= **وقال الشافعية** : لو قال إنسان لزوجته : أنت علي حرام ، أو حرمتك ، ونوى طلاقًا واحدًا أو متعددًا أو ظهارًا وقع ، ولو نوى تحريم عينها أو وطئها أو فرجها أو رأسها أو لم ينو شيئًا أصلًا - وأطلق ذلك ، أو أقته كره ، ولم تحرم الزوجة عليه ، ولزمه كفارة يمين ، وليس ذلك يمينًا ؛ لأنه ليس إقسامًا بالله تعالى ولا تعليقًا للطلاق أو نحوه . ويشترط في لزوم الكفارة ألا تكون زوجته محرمة بحج أو عمرة ، وألا تكون معتدة من وطء شبهة ، فإن كانت كذلك لم تجب الكفارة على المعتمد . ولو حرم غير الزوجة كالثوب والطعام والصديق والأخ لم تلزمه كفارة .

وقال الحنابلة : من حرم حلالًا سوى الزوجة لم يحرم عليه شرعًا ، ثم إذا فعله ففي وجوب الكفارة قولان ، أرجحهما : الوجوب ، ويستوي في التحريم تنجيزه وتعليقه بشرط ، ومثال المنجز : ما أحل الله علي حرام ، ولا زوجة لي ، وكسبي علي حرام ، وهذا الطعام علي كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير .

ومثال المعلق : إن أكلت من هذا الطعام فهو علي حرام . وإنما لم يحرم عليه ما حرمه على نفسه لأن الله عز وجل سمى التحريم يمينًا حيث قال : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ . واليمين لا تحرم الحلال ، وإنما توجب الكفارة بالحنث ، وهذه الآية أيضا دليل على وجوب الكفارة . وأما تحريم الزوجة فهو ظهار ، سواء أنوى به الظهار أو الطلاق أو اليمين أم لم ينو شيئًا على الراجح . ولو قال : ما أحل الله علي من أهل ومال فهو حرام - وكان له زوجة - كان ذلك ظهارًا وتحريمًا للمال ، وتجزئه كفارة الظهار عنهما » .

(١) قول الحنفية : سبق في التعليق السابق .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٥٧/٤) : « (ولو اشتهر) عرفا (لفظ للطلاق كالحلال) بضم اللام علي حرام (أو حلال الله علي حرام) أو أنت علي حرام ، وكذا الحرام يلزمني أو علي الحرام كما بحثه الزركشي (فصريح في الأصح) عند من اشتهر عندهم : كما قاله الرافعي تبعا للمراوزة لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم (قلت : الأصح) المنصوص وعليه الأكثرون (أنه كناية) مطلقًا (والله أعلم) لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك ، أما من لم يشتهر عندهم فكناية في حقهم جزمًا » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٤١/١) : « وأما لفظ الحرام فقد اشتهر في زماننا في أصل إزالة العصمة فيفهم من قول القائل أنت علي حرام أو الحرام يلزمني أنه طلق امرأته أما أنه طلقها ثلاثا فإنا لا نجد في أنفسنا أنهم يريدون ذلك في الاستعمال ، هذا قوله فيما يتعلق بمصر والقاهرة . فإن كان هناك بلد آخر تكرر الاستعمال عندهم في الحرام أو غيره من الألفاظ الثلاث حتى صار هذا العدد هو المتبادر من اللفظ ، فحينئذ يحسن إلزام الطلاق الثلاث بذلك اللفظ ، وإياك أن تقول : إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث ؛ لأن مالكا رحمه الله قاله أو لأنه مسطور في كتب الفقه ؛ لأن ذلك غلط بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلًا لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام كما في لفظ الدابة والبحر والرواية فالفقيه والعامي في هذه الألفاظ سواء في =

١٣٣٣ - ويقع الطلاق بائنًا أيضًا إذا قال الرجل : كل حل علي حرام ، فإن كانت له زوجة واحدة وقع عليها طلقة ، وإن كان له أكثر من زوجة وقع على كل طلقة اتفاقًا . فإن قال : حلال الله أو حلال المسلمين علي حرام وكانت له زوجة واحدة وقع عليها الطلاق بلا خلاف ، وإن كان له أكثر من زوجة فقال بعضهم : يقع على واحدة غير متعينة وإليه بيانها والبعض الآخر يقول : يقع على كل طلقة فهو مثل كل حل علي حرام ، وهذا هو الذي اعتمدوه لأنه هو الظاهر .

١٣٣٤ - ويقع الطلاق على الصورة المتقدمة وإن لم ينوه أو نوى واحدة أو اثنتين ، فإن نوى ثلاثًا فثلاث ،ولا تنس ما تقدم من أن بعضهم يوقع ما نواه ولو كان اثنين وهو الظاهر وإنما وقع الطلاق بهذه الألفاظ بغير نية وإن لم تكن صريحة فيه ؛ لأنها صارت ملحقه بالصريح لأنها لا تستعمل عرفًا إلا فيه وإن كانت في ذاتها عامة إذ هي شاملة لكل شيء حتى الأكل والشرب والنوم والتنفس ولكن العرف خصصها بالطلاق .

١٣٣٥ - ويقع الطلاق البائن أيضًا إذا قال : امرأتي علي حرام فإن كانت له امرأة واحدة وقعت عليها طلقة وإن كان له أكثر فالواقع طلقة أيضًا على واحدة منهن غير معينة ويصرفه لمن شاء لأن لفظ امرأتي عمومه بدلي فيصدق على واحدة منهن لا بعينها بخلاف قوله : كل لحل علي حرام ، فإن عمومه استغراقي يعم الكل دفعة واحدة فيقع

= الفهم لا يسبق إلى أفهامهم إلا المعاني المنقول إليها فهذا هو الضابط لا فهم ذلك من كتب الفقه فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس فافهم ذلك إذا تقرر ذلك ، فيجب علينا أمور : أحدها أن نعتقد أن مالكًا أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام ؛ لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صونًا لهم عن الزلل ، وثانيها أنا إذا وجدنا زماننا عريًا عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ ؛ لأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام كما نقول في النقود وفي غيرها فإنا نفتي في زمان معين بأن المشتري تلزمه سكة معينة من النقود عند الإطلاق ؛ لأن تلك السكة هي التي جرت العادة بالمعاملة بها في ذلك الزمان فإذا وجدنا بلدًا آخر وزمانًا آخر يقع التعامل فيه بغير تلك السكة تغيرت الفتيا إلى السكة الثانية ، وحرمت الفتيا بالأولى لأجل تغير العادة » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٨٧/٨) : « لو قال : عليَّ الحرام ، أو : يلزمني الحرام ، أو : الحرام يلزمني . فهو لغو لا شيء فيه مع الإطلاق . وفيه مع قرينة أو نية وجهان . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفروع . قلت : الصواب أنه مع النية أو القرينة كقوله : أنت علي حرام . ثم وجدت ابن رزين في شرحه قدمه . وقال في الفروع : ويتوجه الوجهان إن نوى به طلاقًا ، وأن العرف قرينة . ذكره في أول باب الظهار . قلت : الصواب أنه مع النية أو القرينة كقوله : أنت علي حرام » .

على كل واحدة منهن طلقة إذا لم ينو ثلاثًا ومثله في الحكم قول الزوج : امرأتي طالق فإن كان له أكثر من واحدة فلا يقع إلا على واحدة وإليه البيان فيصرفه إلى من شاء .

١٣٣٦ - ولكن الطلاق الواقع في قوله : امرأتي طالق يكون رجعيًا فإذا كان اللفظ الصادر من الزوج لا عموم فيه أصلًا كما إذا قال مخاطبا زوجته أنت علي حرام أو حرمتك على نفسي أو أنا محرم عليك أو قال هذه علي حرام مشيرًا لواحدة مخصوصة فمن غير شك لا تطلق إلا المخاطبة والمشار إليها فإن كانت له زوجة غيرها فلا يقع عليها شيء (١) .

(مادة ٢٤٤)

جَمِيعُ أَلْفَاظِ الْكِنَايَاتِ إِنْ وَقَعَ بِهَا الطَّلاقُ ، يَكُونُ بَائِنًا بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلاثٍ ، عَلَى حَسَبِ نِيَّةِ الزَّوْجِ ، مَا عَدَا الأَلْفَاظ الثَّلاثَة الْمَذْكُورَة فِي مَادَّةِ (٢٢٩) فَرَاجِعْهَا (٢) .

* * *

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٢) : اليمين بلفظ: علي الطلاق وعلي الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٠٩/٣ ، ١١٠) : « والكناية نوعان : رجعي وبائن أما الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصًا ولا إشارةً ولا موصوفًا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، ولا مشبه بعدد أو وصف يدل عليها ، وأما الصريح البائن فبخلافه وهو أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق ، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونًا بعدد الثلاث نصًا أو إشارةً أو موصوفًا بصفة تدل عليها إذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائنا ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعًا بخلاف الأصل فيقتصر على مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الأصل ، ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق .

وقال : لم أجامعها كان طلاقا بائنًا حتى لا يملك مراجعتها وإن كان للخلوة حكم الدخول ؛ لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان بائنًا ، وكذلك إذا كان مقرونًا بعوض ، وهو الخلع ببدل والطلاق على مال ؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقًا للمعاوضة المطلقة ، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائنًا .

وكذلك إذا كان مقرونا بعدد الثلاث نصًا بأن قال لها : أنت طالق ثلاثا لقوله ﷻ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها : أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى وإن أشار بإصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة ، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان ؛ لأن =

= الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف والشرع أيضا أما العرف فظاهر .

(وأما) الشرع فقول النبي ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار ﷺ بأصابع يديه كلها » فكان بيانًا أن الشهر يكون ثلاثين يوما ثم قال ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس إبهامه في المرة الثالثة » فكان بيانًا أن الشهر يكون تسعة وعشرين يومًا ، وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : أنت طالق ثلاثًا ، والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة ، والدليل عليه أن النبي ﷺ لما قال : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض إبهامه في المرة الثالثة » فهم منه تسعة وعشرون يومًا ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدا وعشرين يوما فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض .

وكذا إذا كان موصوفًا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله : أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا . وقال الشافعي : يقع واحدة رجعية وجه قوله : أنه لما قال : أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وأنه معقب للرجعة ، فلما قال : بائن فقد أراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال : أعرتك عارية لا رد فيها ، وكما لو قال : أنت طالق . وقال : أردت به الإبانة ، ولنا أنه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الأول ، وأنه مما يحتمل البينونة ألا ترى أنه تحصل البينونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة ، فكان قوله : بائن قرينة مبينة لا مغيرة ، ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والأخرى بقوله بائن ونحو ذلك ؛ لأن قوله : بائن ونحو ذلك يصلح وصفًا للمرأة بالطلاق الأول فلا يثبت إلا مقتضى واحد ؛ لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالأدنى . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة ؛ لأن الشدة تنبئ عن القوية ، والقوي هو البائن . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة ؛ لأن الطول والعرض يقتضيان القوة ، ولو قال لها : أنت طالق من هنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن . وجه قوله أنه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة .

ولنا : أنه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى ؛ لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصر على بعض الأماكن وصفا له بالقصر ، والطلقة القصيرة هي الرجعية ، ولو قال : أنت طالق أشد الطلاق ، فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائنًا وإن نوى ثلاثًا فثلاث ؛ لأن ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الواحدة البائنة ؛ لأنها أشد حكمًا من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولو قال لها : أنت طالق ملء البيت ، فإن نوى الثلاث كان ثلاثًا وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة ؛ لأن قوله : ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقنًا بها ، ولو قال لها : أنت طالق أقبح الطلاق قال أبو يوسف : هو رجعي .

وقال محمد : هو بائن . وجه قول محمد إنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائنًا ولأبي يوسف أن قوله : أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي ، وهو الكراهية الشرعية =

= ويحتمل القبح الطبعي وهو الكراهية الطبيعية ، وهو أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعًا فلا تثبت البينونة فيه بالشك . وكذا قوله : أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الإبانة ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه ، فلا تثبت البينونة بالشك ، ولو قال : أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية ؛ لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك ، ولو قال لها : أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة ، لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ، ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين : إما أن شبه بالعدد فيما له عدد وإما أن شبه بالعدد فيما لا عدد له ، فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها : أنت طالق كألف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول : (الأول) هذا . (والثاني) أن يقول لها : أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف ، والثالث أن يقول لها : أنت طالق كعدد ألف.

(أما) الفصل الأول فإن نوى ثلاثًا فهو ثلاث بالإجماع وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : هو ثلاث ، ولو قال : نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين اللّٰه تعالى ولم أدينه في القضاء . وجه قوله أن قوله : كألف تشبيه بالعدد إذ الألف من أسماء الأعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها : أنت طالق كعدد ألف ، ولو قال ذلك كان ثلاثًا كذا هذا ، ولهما أن التشبيه بالألف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فإن الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة ، وإذا كان محتملًا لهما فلا يثبت العدد إلا بالنية ، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولا يحمل على العدد بالشك .

وأما الفصل الثاني وهو ما إذا قال : أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعًا ؛ لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة . وذلك في البائن فيقع بائنًا .

وأما الفصل الثالث وهو ما إذا قال لها : أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين اللّٰه تعالى ، ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة ؛ لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد فلا يصدق أنه ما أراد به الثلاث أصلًا كما إذا قال : أنت طالق ثلاثًا ونوى الواحدة ، وإن شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال : أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .

وجه قول أبي يوسف أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه ، وقوله : أنت طالق ولأبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربًا من الزيادة لا محالة ، ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة ، وقالوا فيمن قال لامرأته : أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة ؛ لأنه شبه بما لا عدد له ؛ لأنه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبه بالعدد فلغا التشبه وبقي قوله : أنت طالق ، فيكون رجعيًا ، ولو قال : أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثًا ؛ لأنه شبه بما له عدد ؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجودًا في الحال =

١٣٣٧ - ويكون الطلاق بائنًا أيضًا إذا وقع بلفظ من ألفاظ الكنايات ما عدا الألفاظ الثلاثة المتقدمة في مادة (٢٢٩) فإن الطلاق الواقع بها يكون رجعيًا ، والكناية بالنسبة للطلاق كل لفظ احتمل الطلاق وغيره ؛ ولذا لا يقع الطلاق بها إلا بأحد أمرين : النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الأمرين ، وهي كثيرة فمنها : خلية ، برية ، حبلك على غاربك ، الحقي بأهلك ، وهبتك لأهلك ؛ لأن الخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات وعن قيد النكاح ، والبرية من البراءة فيحتمل من حسن الثناء مثلًا أو عن قيد النكاح ؛ وحبلك على غاربك ينبئ عن التخلية ؛ لأنهم كانوا إذا أرسلوا النوق يضعون حبلها أي مقودها على غاربها ويخلون سبيلها ، فهو كالخلية ، والغارب ما بين العنق والسنام أي اذهبي حيث شئت والحقي بأهلك لأني طلقتك أو سيري بسيرة أهلك أو لأني أذنت لك أن تلحقي بهم ووهبتك لأهلك أي عفوت عنك لأجل أهلك أو وهبتك لهم لأني طلقتك ، وقس على هذه الألفاظ ما كان بمعناها وحيث أنها ليست صريحة في الطلاق بل تحتمله وغيره فلابد لوقوع الطلاق بها من أحد أمرين : النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الأمرين .

= فكان هذا تشبيهًا به حال وجوده ، وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال ، فيلغو التشبيه ، ولو قال لها : أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .

وجه قول أبي يوسف أن قوله : مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد ؛ لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ، ولأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لأنه ليس بذي عدد لكونه واحدًا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة ؛ لأنها المتيقن بها ، ولو قال مثل عظم الجبل أو قال : مثل عظم كذا فأضاف ذلك إلى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة وإن نوى ثلاثًا فهو ثلاث ؛ لأنه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم إن كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة ؛ لأن الزيادة فيها لا تكون إلا البينونة وإن كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث ، فإن نوى الثلاث يكون ثلاثًا ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى ، والأدنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ، ولو قال : أنت طالق مثل هذا وهذا وأشار بثلاث أصابع ، فإن نوى به ثلاثًا فثلاث وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة ؛ لأنه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة فإذا نوى به الثلاث صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله : أنت طالق كألف وإذا نوى به الواحدة كانت واحدة ؛ لأنه أراد به التشبيه في الصفة . وكذا إذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لأنه أدنى » .

١٣٣٨ - والطلاق الواقع بهذه الألفاظ وما في معناها يكون بواحدة إن نوى واحدة أو اثنتين ، فإن نوى ثلاثًا فثلاث ولا تنس من يقول بوقوع ما نواه الزوج مطلقًا ، وإذا راجعت مادة (٢٤٩) تجد تقسيم الكنايات إلى ثلاثة أقسام ، وتقسيم أقوال الزوج إلى ثلاثة أيضًا وتعرف ما يحتاج منها إلى النية وما لا (١) .

(مادة ٢٤٥)

إِذَا آلَى الزَّوْجُ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ مِن امْرَأَتِهِ ، وَبَرَّ فِي إِيلَائِهِ ، وَلَمْ يَفِئْ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الأَشْهُرِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي هِيَ أَقَلُّ مُدَّةٍ لِلْحُرَّةِ ، بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ ، وَسَقَطَ الإِيلَاءُ إِنْ كَانَ مُؤَقَّتًا (٢) .

* * *

١٣٣٩ - ويقع الطلاق بائنًا أيضًا إذا مضت مدة الإيلاء ولم يقرب الزوج زوجته ، والايلاء : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فأكثر ، ويشترط في الزوج المؤلي أن يكون أهلًا لإيقاع الطلاق بأن يكون بالغًا عاقلًا ، فإذا قال الزوج لزوجته وهو

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٥٩) الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء الزوجة .
المادة (١٦٠) للزوجة طلب التفريق للإيلاء ما لم يفء الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر .
المادة (١٦١) يعتبر التفريق بسبب الإيلاء طلاقًا رجعيًا .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٧٦/١) : « الإيلاء منع النفس عن قربان المنكوحة منعًا مؤكدًا باليمين بالله أو غيره من طلاق أو عتاق أو صوم أو حج أو نحو ذلك مطلقا أو مؤقتا بأربعة أشهر في الحرائر وشهر في الإماء من غير أن يتخللها وقت يمكنه قربانها فيه من غير حنث كذا في فتاوى قاضي خان ، فإن قربها في المدة حنث وتجب الكفارة في الحلف بالله سواء كان الحلف بذاته أو بصفة من صفاته يحلف بها عرفًا ، وفي غيره الجزاء ويسقط الإيلاء بعد القربان وإن لم يقربها في المدة بانت بواحدة كذا في البرجندي شرح النقاية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٦/٥) : « (وإن أبى الفيئة والطلاق ، فالأظهر) الجديد (أن القاضي) إذا رفعته إليه (يطلق عليه طلقة) نيابة عنه ؛ لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفيئة ؛ لأنها لا تدخل تحت الإجبار ، والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع كما يزوج عن العاضل ويستوفي الحق من المماطل ، فيقول : أوقعت على فلانة عن فلان طلقة كما حكي عن الإملاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة ، فإن قال : أنت طالق ولم يقل عن فلان لم يقع ، قاله الدارمي في الاستذكار ولم يتعرض له الشيخان .

تنبيه : أفهم قوله : طلقة أنه لو زاد عليها لم تقع الزيادة ، وهو كذلك ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وإنما لم يقيدها بالرجعة ليشمل ما لو لم يمكنه ذلك كما لو كانت ، قبل الدخول أو مستكملة لعدد الطلاق ، ولو آلى =

أهل للطلاق : والله لا أقربك أربعة أشهر كان مؤليًا لقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (١) فالزوج في هذه المدة إما أن يقرب زوجته أو لا يقربها فإن قربها في المدة

= من إحداهما وأبى الفيئة والطلاق طلق القاضي مبهمًا ثم يبين الزوج إن عين ، ويعين إن أبهم والثاني القديم لا يطلق عليه ؛ لأن الطلاق في الآية يضاف إليه بل يفرده بحبس أو غيره ليفيء أو يطلق الحديث : « الطلاق لمن أخذ بالساق » ويشترط حضوره ليثبت امتناعه كالعضل إلا أن يعذر ، ولا يشترط للطلاق عليه حضوره عنده ، ولا ينفذ طلاق القاضي في مدة إمهاله الآتي بيانها ، ولا بعد وطئه أو طلاقه ، وإن طلقا معًا وقع الطلاقان ، وإن طلق القاضي مع الفيئة لم يقع الطلاق كما جرى عليه بعض المتأخرين لأنها المقصود ، وإن طلق الزوج بعد طلاق القاضي إن كان طلاق القاضي رجعيًا ، وصورة الدعوى أن يدعي عليه بالإيلاء وأن مدته قد انقضت من غير وطء ويطلب منه دفع الضرر بالفيئة أو الطلاق على ما مر (و) الأظهر (أنه) إذا لم يكن عذر (لا يمهل) أيامًا (ثلاثة) ليفيء أو يطلق فيها لأنه زيادة على ما أمهله الله ، والحق إذا حل لا يؤجل ثانيًا ، والثاني : يمهل ثلاثة أيام لقربها وقد ينشط فيها للوطء .

تنبيه : أفهم كلامه أنه لا يزاد على ثلاثة قطعًا ، وهو كذلك ، وجواز إمهاله دون ثلاث ، وليس على إطلاقه ، بل إذا استمهل لشغل أمهل بقدر ما يتهيأ لذلك الشغل ، فإن كان صائمًا أمهل حتى يفطر أو جائعًا فحتى يشبع أو ثقيلًا من الشبع فحتى يخف أو عليه النعاس فحتى يزول ، قالا : والاستعداد في مثل هذه الأحوال بقدر يوم فما دونه ، ولو راجع المؤلي بعد تطليق القاضي وقد بقي مدة الإيلاء ضربت مدة أخرى ، ولو بانت فتزوجها لم يعد الإيلاء فلا تطالب (و) الأظهر ، وعبر في الروضة بالمذهب (أنه إذا وطئ) في مدة الإيلاء (بعد مطالبة) له بالفيئة (لزمه كفارة يمين) إن كانت ، يمينه بالله تعالى أو صفة من صفاته لحنثه ، والثاني : لا يلزمه ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ أي يغفر الحنث بأن لا يؤاخذ بكفارته لدفعه ضرر الزوجة .

وأجاب الأول بأن المغفرة والرحمة إنما ينصرفان إلى ما يعصى به ، والفيئة الموجبة للكفارة مندوب إليها ، وإذا لزمته الكفارة بالوطء بعد المطالبة فبالوطء قبلها أولى أما إذا كان حلفه بغير الله تعالى وصفاته نظر إن حلف بالتزام ما يلزم ، فإن كان بقربة لزمه ما التزم ، أو كفارة يمين كما سيأتي في باب النذر أو بتعليق طلاق أو عتق وقع بوجود الصفة .

خاتمة : لو اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق بيمينه ؛ لأن الأصل عدمه ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكره سقط حقها من الطلب عملًا باعترافها ، ولم يقبل رجوعها عنه لاعترافها بوصول حقها إليها ، ولو كرر يمين الإيلاء مرتين فأكثر وأراد بغير الأولى التأكيد لها ، ولو تعدد المجلس وطال الفصل صدق بيمينه كنظيره في تعليق الطلاق ، وفرق بينهما وبين تنجيز الطلاق بأن التنجيز إنشاء وإيقاع ، والإيلاء والتعليق متعلقان بأمر مستقبل ، فالتأكيد بهما أليق أو أراد الاستئناف تعددت الأيمان ، وإن أطلق بأن لم يرد تأكيدًا ولا استئنافًا فواحدة إن اتحد المجلس حملًا على التأكيد وإلا تعددت لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس ، ونظيرهما جار في تعليق الطلاق ، وكذا الحكم لو حلف يمينًا سنة ويمينًا سنتين مثلًا ، وعند الحكم بتعدد اليمين يكفيه لانحلالها وطء واحد ، ويتخلص بالطلاق عن الأيمان كلها ، ويكفيه كفارة واحدة » .

(١) البقرة : ٢٢٧ .

حنث في يمينه وتلزمه كفارة اليمين إن حلف بالله كالمثال المتقدم ويقع عليه الطلاق إن حلف به كقوله : إن قربتك في مدة أربعة أشهر فزوجتي فلانة طالق - وإن لم يقربها في المدة بر في يمينه ولكن بمجرد مضيها وقعت عليه طلقة بائنة .

١٣٤٠ - والإيلاء إما أن يكون مؤقتًا أو مؤبدًا بأن قال : والله لا أقربك أبدًا فإن قربها في المدة بالنسبة للمؤقت أو قربها في المؤبد حنث في يمينه وسقط الإيلاء ؛ لأن الإيمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا إيلاء بدون اليمين أما إذا بر في يمينه ولم يقربها فإن كان مؤقتا بأربعة أشهر مثلا فبمجرد مضيها بانت منه وسقط الإيلاء وإن كان مؤبدًا بانت منه إذا مضى أربعة أشهر من تاريخ اليمين ولم يسقط الإيلاء ؛ لأنه مؤبد ولم يوجد الحنث ليرتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بها ؛ لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن تزوجها عاد الإيلاء فإذا مضت أربعة أشهر أخرى وقع طلاق بائن آخر ؛ لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج يثبت حقها فيتحقق الظلم .

١٣٤١ - وهكذا حتى يقع الثلاث فإذا لم يعقد عليها بعد ما طلقت بائنًا بمضي الأربعة الأشهر الأولى ، وانقضت عدتها قبل مضي غيرها فلا يقع طلاق عند انقضائها ؛ لأنه صادفها وهي غير محل للطلاق إذ هي ليست بزوجة ولا معتدة .

١٣٤٢ - وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : الفيء إنما يكون بعد المدة لا فيها ولا يقع عليها طلاق بمجرد انقضاء المدة بل لا يقع إلا بتطليق الزوج أو تفريق القاضي- واستدل على الأول بقوله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [١] لأن الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ؛ ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٢] فلو وقع بمضي المدة فلا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولأن التفريق بينهما لرفع الضرر عنها فيكون بتطليقها إن فعل وإلا فالقاضي يفرق بينهما كالتفريق بالجب أو بالعنة ؛ ولأن الطلاق لا يقع من غير تطليق أحد فأشبه العنة حيث لا يقع الطلاق بمضي الأجل .

١٣٤٣ - واستدل أبو حنيفة بأنه ظلمها بمنعها حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ، وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة ، وكفى بهم قدوة ولأنه كان طلاقًا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة- والظاهر مذهب الإمام الشافعي .

---

(١) البقرة : ٢٢٦ - ٢٢٧ .　　(٢) البقرة : ٢٢٦ .

(مادة ٢٤٦)

الطَّلاَقُ الْبَائِنُ بَيْنُونَةً صُغْرَى وَهُوَ مَا كَانَ دُونَ الثَّلاَثِ : يَحُلُّ قَيْدَ النِّكَاحِ ، وَيَرْفَعُ أَحْكَامَهُ ، وَيُزِيلُ مِلْكَ الزَّوْجِ فِي الْحَالِ ، وَلاَ يَبْقَى لِلزَّوْجَةِ أَثَرٌ سِوَى الْعِدَّةِ ، وَتَسْتَتِرُ الْمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حِجَابٌ ، فَلاَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا وَلاَ يَنْظُرُهَا .

وَإِنْ ضَاقَ عَنْهُمَا الْبَيْتُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ دَيِّنًا ، فَإِخْرَاجُهُ مِنْهُ أَوْلَى .

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فِي الْعِدَّةِ ، فَلاَ يَرِثُهُ الآخَرُ ، إِلاَّ فِي حَالِ فِرَارِهِ أَوْ فِرَارِهَا بِشَرْطِهِ الْمَذْكُورِ فِي طَلاَقِ الْمَرِيضِ (١) .

١٣٤٤ – ومتى وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى سواء كان بواحدة أو اثنتين ترتب عليه حكمه وهو أنه يزيل الملك فينحل قيد النكاح وترتفع أحكامه ويزول ملك الزوج في الحال بلا انتظار إلى انقضاء العدة كما في الطلاق الرجعي ، فالبينونة الصغرى لا تبقي للزوجية أثرًا سوى العدة ، ولكن لا تزيل الحل ويترتب على إزالته الملك أن المرأة تستتر في محل من البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق فلا يدخل عليها في ذلك المحل ولا ينظرها وإن كان له أن يدخل محلًّا آخر في هذا البيت فإذا فرضنا أن البيت الذي كانا يسكنانه قبل الطلاق ضيقا ليس فيه إلا محل واحد أو كان به محال ولكن الرجل غير دين فيخرج هو من البيت وتبقى هي مقيمة به حتى تنقضي عدتها ؛ لأن المطلوب شرعًا بقاء المرأة في البيت الذي حصل الطلاق وهي ساكنة فيه حتى تنقضي عدتها كما ستعرفه في العدة .

١٣٤٥ – ويترتب على إزالته الملك أيضًا أنه إذا مات أحدهما في العدة فلا يرثه الآخر بخلاف الطلاق الرجعي فإنه إذا طلق رجل زوجته طلاقًا رجعيًا ومات أحدهما وهي في العدة ورثه الآخر ؛ لأنه لا يزيل الملك فالزوجية باقية فيجري التوارث بينهما ولكن عدم جريان الإرث بين الزوجين إذا مات أحدهما في عدة الطلاق البائن ليس على إطلاقه بل

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٨٧/٣) : « الحكم الأصلي لما دون الثلاث من الواحدة البائنة ، والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق ، وزوال الملك أيضًا حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره ، وإيلاؤه ، ولا يجري اللعان بينهما ولا يجري التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر ؛ لأن ما دون الثلاثة – وإن كان بائنًا – فإنه يوجب زوال الملك لا زوال حل المحلية » .

فيه تفصيل .

١٣٤٦ - وبيانه أن الطلاق البائن إما أن يقع من الزوج في حال صحته أو في حال مرضه مرض الموت ، فإن كان الثاني فإما أن توجد قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الإرث أو لا توجد .

١٣٤٧ - فإن كان الطلاق في حال الصحة فلا يرث كل منهما صاحبه ولو مات في العدة ولو كان قصده حرمانها من الإرث ومثل هذا في الحكم ما إذا وقع الطلاق في حال المرض وليست هناك قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الإرث كما إذا طلبت منه الطلاق البائن مختارة فأوقعه أو قال لها : خالعتك في نظير عشرين جنيهًا مثلًا ، فقبلت أو قال لها : طلقي نفسك بائنًا إن شئت ففعلت ومات وهي في العدة ؛ فإنها لا ترثه أيضًا ؛ لأنه لم يوجد منه قصد حرمانها من الإرث إذ بطلبها الطلاق البائن وبقبولها دفع بدل الخلع وبإيقاعها الطلاق عند تفويضه إليها رضيت بإسقاط حقها فينعدم التعدي منه فلا ترثه .

١٣٤٨ - أما إذا كان الطلاق البائن في حال مرض الموت وقامت القرينة على أن غرضه حرمانها من الإرث ومات وهي في العدة فترثه ؛ لأنه والحالة هذه يكون فارًّا من إرثها فيرد عليه قصده .

١٣٤٩ - وليس هذا الحكم خاصًّا به بل هي مثله وينبني عليه أنها إذا باشرت سبب الفرقة بأن زوجها غير الأب والجد بكفء وبمهر المثل فاختارت فسخ العقد عند البلوغ وماتت وهي في العدة فإن كان هذا الاختيار حال الصحة فلا يرثها وإن كان في حال مرضها مرض الموت وقامت قرينة على ما ذكر ، ورثها وسيأتي زيادة إيضاح لهذه المسألة في طلاق المريض [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٩) : إذا كان الطلاق بائنًا بطلقة واحدة أو بطلقتين فلا مانع من تجديد النكاح بعده برضاء الطرفين .

(مادة ٢٤٧)

الطَّلاقُ الْبَائِنُ بَيْنُونَةً صُغرَى لا يُزِيلُ الحِلَّ ، فَلا تَحْرُمُ الْمُبَانَةُ بمَا دُونَ الثَّلاثِ عَلَى مُطَلِّقِهَا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، إِنَّمَا لا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهَا وَبِعَقْدٍ وَمَهْرٍ جَدِيدَيْنِ ، وَيَمْنَعُ غَيْرَهُ مِنْ نِكَاحِهَا فِي الْعِدَّةِ (١)

* * *

١٣٥٠ - ويترتب على أن الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل : أن المطلق له أن يرد زوجته إليه سواء كان ذلك في العدة أو بعد انقضائها ؛ لأن الحل الأصلي باق ما لم يتكامل العدد وهو الثلاث ولكن لابد من عقد ومهر جديدين ، ويشترط رضاها بذلك ؛ لأن الملك قد زال بخلاف الطلاق الرجعي فلا يشترط في إرجاعها إليه شيء مما ذكر ما دامت في العدة ؛ لأن الملك لم يزل . وأما غير المطلق : فيجوز له أن يتزوجها بعد انقضاء العدة وفي العدة لا يجوز لئلا يشتبه النسب ولكن المطلق له ذلك ؛ لأنه لا اشتباه في النسب فأبيح له تزوجه بها في العدة (٢) .

(مادة ٢٤٨)

الطَّلاَقُ الْبَتُّ يُزِيلُ فِي الْحَالِ الْمِلْكَ وَالْحِلَّ مَعًا ، فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الْحُرَّةَ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ثَلاَثَ طَلَقَاتٍ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ سَوَاءٌ كَانَتِ الثَّلاثُ مُتَفَرِّقَاتٍ ، أَوْ غَيْرَ مُتَفَرِّقَاتٍ يَحْرُمْ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حَتَّى تَنْكِحَ غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا نَافِذًا ، وَيَطَأَهَا وَطْأً حَقِيقِيًّا فِي الْمَحَلِّ الْمُتَيَقَّنِ مُوجِبًا لِلْغُسْلِ ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا أَوْ يَمُوت عَنْهَا ، وَتَمْضِي عِدَّتُهَا . وَمَوْتُ الزَّوْجِ الثَّانِي قَبْلَ وَطْئِهَا لاَ يُحِلُّهَا لِلأَوَّلِ (٣) .

* * *

(١) ينظر التعليق السابق .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (٩٨) : الطلاق البائن المنصوص عليه في المادة (٩٣) من هذا القانون يزيل الزوجية في الحال .

المادة (١٠٠) : تزول البينونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجًا آخر لا بقصد التحليل ويشترط دخوله بها وبعد طلاقها منه وانقضاء عدتها تحل للأول .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٨٧/٣) : « وأما الطلقات الثلاث فحكمها الأصلي هو زوال الملك ، وزوال حل المحلية أيضًا حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر ؛ لقوله ﷺ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا =

١٣٥١ - ومتى وقع الطلاق بائنًا بينونة كبرى وهو ما كان بالثلاث ويسمى بالطلاق البت ؛ زال الملك والحل معًا ، فلا يجوز له أن يعقد عليها ولو رضيت إلا بعد أن يتزوجها غيره ، ولابد أن يكون هذا التزوج صحيحًا نافذًا ويطأها ذلك الغير وطأً حقيقيًا ، فالخلوة الصحيحة لا تكفي لحلها للأول ، ولابد أن يكون هذا الوطء في المحل المباح شرعًا ويشترط أن يكون هذا الوطء موجبًا للغسل بأن يلتقي الختانان ثم بعد ذلك تقع الفرقة بينه وبينها سواء كان بالطلاق أو بالموت ، وتمضي عدة هذه الفرقة .

١٣٥٢ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كانت المطلقة ثلاثًا مدخولًا بها أو غير مدخول بها ، وإن كانت المدخول بها يقع عليه الثلاث سواء كان بكلمة واحدة . كأنت طالق ثلاثًا ، أو متفرقًا : كأنت طالق أنت طالق أنت طالق . وأما غير المدخول بها : فلا يقع عليها الثلاث إلا إذا كان بكلمة واحدة فإن كان متفرقًا فلا يقع إلا الأولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة . والفرق بينهما : أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فبمجرد قوله لها : أنت طالق بانت منه لا إلى عدة فتصادفها الثانية وهي أجنبية منه ، فلا تقع بخلاف المدخول بها فإن عليها العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل للطلاق فتقع كل منهما وقد تقدمت لك هذه المسألة موضحة في شرح مادة (٢٢٤) .

١٣٥٣ - وإنما كانت المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة كبرى لا تحل لزوجها إلا بما ذكر ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ (١) والمراد الطلقة الثالثة بدليل قوله تعالى قبل هذه الآية : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾ (٢) ثم الغاية نكاح الزوج الثاني مطلقًا والزوجية المطلقة إنما تثبت بالنكاح الصحيح ، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص ، وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملًا للكلام على الإفادة دون الإعادة ؛ إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص

= تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ ، وسواء طلقها ثلاثًا متفرقًا أو جملة واحدة ؛ لأن أهل التأويل اختلفوا في مواضع التطليقة الثالثة من كتاب الله ، قال بعضهم هو قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ بعد قوله : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾ وقالوا : الإمساك بالمعروف هو الرجعة ، والتسريح بالإحسان هو أن يتركها حتى تنقضي عدتها .

وقال بعضهم : هو قوله تعالى : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾ فالتسريح هو الطلقة الثالثة ، وعلى ذلك جاء الخبر ، وكل ذلك جائز محتمل غير أنه إن كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله ﷻ : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ ﴾ أي : طلقها تطليقة ثالثة ، وإن كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ أي : طلقها طلاقًا ثلاثًا ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

(١) البقرة : ٢٣٠ . (٢) البقرة : ٢٢٩ .

بالحديث المشهور ؛ وهو ما روى عن عائشة رضى اللّٰه تعالى عنها . « إن رفاعة بن سموال القرظى [١] طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير [٢] فجاءت رسول اللّٰه ﷺ فقالت أنها كانت مع رفاعة ، فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنه واللّٰه ليس معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها ، قالت : فتبسم رسول اللّٰه ﷺ ضاحكًا وقال : **« لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته »** [٣]

وعن ابن عمر قال : سئل نبي اللّٰه ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثًا فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول قال : « **لا تحل للأول حتى يجامعها** » [٤] وهذه الأحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير أن يراد بالنكاح في الآية العقد وعلى تقدير إرادة الوطء تكون موافقة له فلا إشكال .

١٣٥٤ - ولأن الشارع حث على عدم الفرقة إلا إذا كانت هناك داعية إليها كما عرفته أول كتاب الطلاق ؛ لأنها تزيل العقد الذي تترتب عليه المصالح الدينية والدنيوية ولذا لم يشرع الطلاق مرة واحدة بل جعل ثلاثًا لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثًا ليجرب نفسه أولًا وثانيًا ، فالشارع لما علم من الأزواج ما ذكر قال : إنه إذا وقع الطلاق مرة أو مرتين منكم فلا يترتب عليه

---

(١) هو : رفاعة بن سموأل وقيل : رفاعة بن رفاعة القرظى من بنى قريظة وهو خال صفية بنت حيى بن أخطب أم المؤمنين زوج النبي ﷺ فإن أمها برة بنت سموأل وهو الذى طلق امرأته ثلاثًا على عهد رسول اللّٰه فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير وطلقها قبل أن يدخل بها فأرادت الرجوع إلى رفاعة فسألها النبي فذكرت أن عبد الرحمن لم يمسها قال : فلا ترجعي إلى رفاعة حتى تذوقي عسيلته ، سموأل بكسر السين وسكون الميم . انظر : أسد الغابة (١٨١/٢) .

(٢) هو عبد الرحمن بن الزبير بن زيد بن أمية ابن زيد بن مالك بن عوف بن عمرو بن عوف بن مالك بن الأوس نسبه هكذا ابن منده وأبو نعيم ، وقال أبو عمر : هو عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا القرظى ، وذكر الأمير أبو نصر النسبين جميعًا واتفقوا على أنه هو الذى تزوج المرأة التى طلقها رفاعة القرظى بعد رفاعة ، فقالت للنبى ﷺ : إنما معه مثل هدبة الثوب ، الزبير والد عبد الرحمن بفتح الزاى والزبير والد عروة بضم الزاى وفتح الباء . انظر : أسد الغابة (٢٩٢/٣) .

(٣) صحيح البخاري (كتاب الشهادات / باب : شهادة المختبي / ٢٦٣٩) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : لا تحل المطلقة ثلاثًا لمطلقها حتى تنكح زوجًا غيره / ١٤٣٣) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول اللّٰه / باب : ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثًا فيتزوجها آخر / ١١١٨) .

(٤) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : إحلال المطلقة ثلاثًا والنكاح الذي يحلها به /٣٤١٥٤) .

أمر تكرهه النفوس ولكن احذروا من وقوع الثالثة ، فإنها لو حصلت فلا يمكن إرجاع الزوجة كما جاز ذلك أول وثاني مرة بل لابد من حصول شيء تكرهه نفوسكم فلا تقدموا على الطلاق من غير تفكر وروية خصوصًا الطلقة الثالثة .

(مادة ٢٤٩)

نِكَاحُ الزَّوْجِ الثَّانِي يَهْدِمُ بِالدُّخُولِ مَا دُونَ الثَّلَاثِ مِنَ الطَّلَقَاتِ السَّابِقَةِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ ، وَيُثْبِتُ حِلاًّ جَدِيدًا ، فَتَعُودُ الْمَرْأَةُ لِلزَّوْجِ الأَوَّلِ إِذَا تَزَوَّجَهَا بِمِلْكٍ جَدِيدٍ ، أَيْ : يَمْلِكُ عَلَيْهَا ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ لَوْ حُرَّةً (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٥٤/٢) : « (وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت زوجًا آخر ثم عادت إلى الأول ؛ عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث) وهذا عندهما ، وقال محمد : لا يهدم ما دون الثلاث وبه قال الشافعي » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٧١/٧) : « وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجًا ودخل بها ، ثم طلقها ، ثم تزوجها الأول ، فإن أبا حنيفة قال : هي على الطلاق كله وبه يأخذ ، وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي (قال الشافعي) : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة أو اثنتين فانقضت عدتها ونكحت زوجًا غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها فانقضت عدتها فنكحت الزوج الأول فهي عنده على ما بقي من الطلاق يهدم الزوج الثاني الثلاث ولا يهدم الواحدة ولا الثنتين ، وقولنا هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعدد من كبار أصحاب النبي ﷺ ، وقد خالفنا في بعض هذا بعض الناس ، فقال : إذا هدم الزوج ثلاثًا هدم واحدة واثنتين ، واحتج بقول ابن عمر وابن عباس ﷺ وسألنا فقال : من أين زعمتم أن الزوج يهدم الثلاث ولا يهدم ما هو أقل منها ، قلنا : زعمناه بالأمر الذي لا ينبغي لأحد أن يدفعه ، قال : وما هو ، قلنا : حرمها الله بعد الثلاث حتى تنكح زوجًا غيره ، وبين رسول الله ﷺ عن الله ﷻ أن النكاح الذي أحلها الله به بعد الثلاث إصابة الزوج وكانت محرمة قبل الزوج لا تحل بحال إلا بالزوج فكان للزوج حكم هدم الثلاث لهذا المعنى وكانت في الواحدة والثنتين حلالًا فلم يكن للزوج ها هنا حكم فزعمنا أنه يهدم حيث كانت لا تحل له إلا به وكان حكمه قائمًا ولا يهدم حيث لا حكم له وحيث كانت حلالًا بغيره وكان أصل المعقول أن أحدًا لا يحل له بفعل غيره شيء ، فلما أحل الله له بفعل غيره أحللنا له حيث أحل الله له ولم يجز أن نقيس عليه ما خالفه لو كان الأصل للمعقول فيه وقد رجع إلى هذا القول محمد بن الحسن بعدما كان يقول بقول أبي حنيفة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٨/٧ ، ٣٨٩) : « (وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث) .
وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال ؛ أحدها : أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم ، قاله ابن المنذر . والثاني : أن =

١٣٥٥ - ومتى وقع الطلاق بائنًا بينونة كبرى وتزوجت المطلقة بغير زوجها بالشروط المتقدمة في المادة السابقة وعادت لزوجها الأول ؛ فإنها تعود إليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات وهذا باتفاق .

١٣٥٦ - **وأما المطلقة بائنًا بينونة صغرى إن عادت لزوجها ففيه تفصيل ، وبيانه** : أنها إما أن تعود إليه قبل أن تتزوج بغيره أو بعده فإن كان بعد الزواج فإما أن يدخل بها الزوج الثاني أو لا فإن عادت إليه قبل أن تتزوج بغيره سواء أعادها وهي العدة أو بعد انقضائها عادت إليه بما بقى له من الطلقات الثلاث في الملك الأول اتفاقًا .

١٣٥٧ - وإن عادت إليه بعد تزوجها بغيره ولكن قبل أن يدخل بها فكذلك . وإن كان بعد الدخول بها ففيه خلاف ؛ **فالإمام الأعظم وأبو يوسف يقولان** : تعود إليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات ، فيكون الزوج قد هدم الطلقات السابقة كما هدم

= يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة ، أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ، فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها ، وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة وروي ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو ابن العاص ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر . والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت حلًّا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث ؛ لأن وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث ، فأولى أن يهدم ما دونها . ولنا : أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني ، وقولهم : إن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح ؛ لوجهين ؛ أحدهما : منع كونه مثبتًا للحل أصلًا وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم بدليل قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ وحتى للغاية ، وإنما سمى النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللًا تجوزًا ، بدليل أنه لعنه ومن أثبت حلالًا يستحق لعنا ، والثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثًا وهاهنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل ، وقولهم : إنه يهدم الطلاق قلنا : بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له » .

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٥٨/١٠) : « هدم طلقات الأول بالزواج الثاني : اتفق الفقهاء على أن الزوج الثاني يهدم طلاق الزوج الأول إذا كان ثلاثًا . واختلفوا في أن الزوج الثاني هل يهدم ما دون الثلاث ، وذلك كما إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة ، ثم طلقت منه ، ثم رجعت إلى زوجها الأول . فذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن) إلى أنه لا يهدم ، لأن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع ، فلا يهدم ما دونها . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يهدم ما دون الثلاث ، لأنه لما هدم الثلاث فهو أحرى أن يهدم ما دونها ، وبه قال ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي » .

الثلاث ، فيثبت حل جديد للزوج الأول .

وقال الإمام الشافعي ومحمد : تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث في الملك الأول .

واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف ؛ بما روي عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقه أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجًا غيره فدخل بها ثم طلقها ، أو مات عنها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هي عنده فالتفت إلى ابن عباس وقال : ما تقول في هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر ، قال : فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس .

١٣٥٨ - **واستدل الشافعي ومحمد** ، بأن هذا الحديث روى بسند آخر عن سيدنا عمر وسيدنا على أنها تعود إليه بما بقى ، فالمسألة خلافية بين الصحابة أيضًا ، ولأن الزوجة الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ (١) إذ كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو الحرمة الغليظة ؛ لأنها معلقة بالثلاث ، ولا يثبت شيء من الحكم ببعض أركان العلة ، فلا يصير الزوج الثاني غاية قبل وجودها لاستحالة وجود الغاية ولا مغيا ، والمعول عليه قول أبي حنيفة وأبي يوسف (٢) .

(مادة ٢٥٠)

الطَّلاقُ لا يَلْحَقُ الْمَنْكُوحَةَ نِكَاحًا فَاسِدًا ، فَالْفُرْقَةُ فِيهِ مُتَارَكَةٌ لا طَلاقٌ حَقِيقِيٌّ . فَمَنْ طَلَّقَ مَنْكُوحَتَهُ فَاسِدًا ثَلاثًا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ بِلا مُحَلِّلٍ ، وَيَمْلِكُ عَلَيْهَا ثَلاثَ طَلَقَاتٍ .

* * *

١٣٥٩ - الطلاق بجميع أقسامه أي سواء كان رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ؛ لا يقع على المرأة إلا بعد عقد الزواج ؛ إذ الأجنبية غير محل له ، ولابد أن يكون العقد صحيحًا فإن كان غير صحيح فلا يقع الطلاق أصلًا .

---

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١١٦) لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وفي طهر لم يمسها فيه وغير معتدة .

١٣٦٠ - وينبني على ذلك : أنه لو عقد رجل على امرأة وكان العقد صحيحًا وأوقع عليها طلاقًا وقع وترتب عليه حكمه سواء كان رجعيا أو بائنًا فإن كان العقد غير صحيح فلا يقع ولا يترتب عليه حكم فإذا طلقها ثلاثًا في هذه الحالة وأراد ردها إليه ، فلا داعي إلى تزوجها بغيره ، بل له أن يردها بعقد صحيح قبل ذلك فيملك عليها ثلاث طلقات ؛ لأن الطلاق الأول غير واقع ؛ إذ الطلاق إنما يقع بعد العقد الصحيح ، ولكن لا يجوز أن يستعمل هذا الحكم حيلة لهدم وقوع الثلاث في كل حال من الأحوال ، بل لابد من أن يكون العقد غير صحيح في الحقيقة .

١٣٦١ - ومن هذا تعلم فساد ما يستعمله بعضهم وهو أنه عند ما يقع الطلاق الثلاث على رجل ولم يروا حيلة لعدم وقوعه من كونه مكرهًا أو سكران مثلًا ، ينظرون إلى أصل العقد ، فإن رأوا أنه تزوجها بلا ولي وكانت بالغة عاقلة أو بلا شهود عدول يقولون أن العقد غير صحيح على مذهب الإمام الشافعي .

وبناء عليه فلا يقع الثلاث فلا داعي إلى المحلل ولكن بالتأمل ترى أن هذه الحيلة باطلة لا ينبغي استعمالها أصلًا ؛ لأن الناس يقلدون مذهب أبي حنيفة وقت العقد والإمام الشافعي يقول بصحة التقليد . فإذا سئل عن هذا العقد أجاب بصحته ؛ فلا يجوز أن يحكم عليه بالفساد ، وأيضًا من المقرر أن حكم القاضي يرفع الخلاف . ولا شك في أن عقود الزواج ترفع إلى القاضي العام فيحكم بصحتها وبناء عليه تكون صحيحة عند الجميع .

الفصل الثالث
في تعليق الطلاق

(مادة ٢٥١)

الطَّلاقُ لَفظِيًا كَانَ أَوْ بِالْكِتَابَةِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُنجزًا أَوْ مُعَلَّقًا .

فَالْمُنجزُ : مَا كَانَ بِصِيغَةٍ مُطْلَقَةٍ غَيْرِ مُقَيَّدَةٍ بِشَرْطٍ ، وَلاَ مُضَافَةٍ إِلَى وَقْتٍ . وَهَذَا يَقَعُ فِي الحَالِ .

وَالْمُعَلَّقُ : مَا كَانَ مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ ، أَوْ حَادِثَةٍ ، أَوْ مُضَافًا إِلَى وَقْتٍ . وَهَذَا يَتَوَقَّفُ وُقُوعُهُ عَلَى وُجُودِ الشَّرْطِ ، أَوِ الحَادِثَةِ ، أَوْ حُلُولِ الوَقْتِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ . وَالتَّعْلِيقُ يَمِينٌ .

* * *

١٣٦٢ - قد عرفت في شرح مادة (٢٢٢) أنه لا يشترط اللفظ في إيقاع الطلاق بل كما يقع باللفظ يقع بالكتابة ، وعرفت أنواع الكتابة أيضًا وما يقع به الطلاق منها وما لا يقع في المادة المذكورة وكما أنه لا يشترط اللفظ لوقوعه ، كذلك لا يشترط أن يكون الطلاق منجزًا بل كما يصح أن يكون منجزًا يصح أن يكون مضافًا إلى زمن مستقبل ، ويصح أن يكون معلقًا ؛ فالمنجز هو ما كان بصيغة مطلقة أي غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت كقول الرجل لزوجته : أنت طالق ، أو أنت حرام ، وهذا يقع في الحال بلا انتظار شيء آخر.

١٣٦٣ - والمضاف إلى زمن مستقبل كقول الرجل لزوجته : أنت طالق بعد عشرة أيام مثلًا ، وهذا لا يقع إلا عند انتهاء المدة المحددة ؛ لأن الزوج ما قصد إيقاعه في الحال بل بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد .

١٣٦٤ - **وأما التعليق** : فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، فالجملة الأولى هي جملة الجزاء ، والثانية جملة الشرط ، والمضمون هو ما تضمنته الجملة من المعنى كقول الرجل لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، أو إن وصلك كتابي هذا فأنت بائن ، ففي الجملة الأولى ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار ، وفي الثانية ربط حصول طلاقها بوصول الكتاب .

وهذا لا يقع به الطلاق إلا عند حصول مدلول جملة الشرط لأن الزوج لم يرد وقوع

الطلاق في الحال بل علق وقوعه على شيء مخصوص فإذا لم يحصل هذا الشيء فلا يقع. والطلاق وإن كان لا يقع بمجرد التعليق بل عند حصول المعلق عليه إلا أنه يقال للتعليق يمين ويترتب عليه إنه إذا حلف شخص أن لا يحلف فعلق طلاق زوجته على حصول شيء ؛ حنث في يمينه السابق لأنه حلف (١) .

(مادة ٢٥٢)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ التَّعْلِيقِ أَنْ يَكُونَ مَدْلُولُ فِعْلِ الشَّرْطِ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ ، لا مُحَقَّقًا ، وَلا مُسْتَحِيلًا ، وَلا مُنْفَصِلًا إلا لِعُذْرٍ .

فَالْمُعَلَّقُ عَلَى مُحَقَّقٍ يُنجِزُ فِيمَا لِبَقَائِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ ، وَالتَّعْلِيقُ عَلَى أَمْرٍ مُحَالٍ لَغْوٌ، وَكَذَا يَلْغُو الطَّلاقُ الْمَدْخُولُ فِيهِ الشَّكُّ ، وَالطَّلاقُ الْمُضَافُ لِحَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِإِيقَاعِهِ أَوْ وُقُوعِهِ بِهِ ، وَكَذَلِكَ الْمُعَلَّقُ عَلَى الْمَشِيئَةِ الإِلَهِيَّةِ مَسْمُوعًا مُتَّصِلًا لا مُنْفَصِلًا إلا لِعُذْرٍ (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٠) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٩) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٢) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٤/٢ ، ٣) : « وشرط صحة التعليق كون الشرط معدومًا على خطر الوجود ، فخرج ما كان محققًا كقوله : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، فهو تنجيز ، وخرج ما كان مستحيلًا كقوله : إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق ، فلا يقع أصلًا لأن غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بأمر محال ، وهذا يرجع إلى قولهما : إمكان البر شرط انعقاد اليمين خلافًا لأبي يوسف ، وعلى هذا ظهر ما في الخانية لو قال لها : إن لم تردي علي الدينار الذي أخذتيه من كيسي فأنت طالق فإذا الدينار في كيسه لا تطلق امرأة ، ولو قال : إن حضت ، وهي حائض ، أو مرضت ، وهي مريضة ؛ فعلى حيضة مستقبلة، ولو قال للصحيحة : إن صححت فأنت طالق طلقت الساعة ، وكذا لو قال : إن أبصرت أو سمعت ، وهي بصيرة أو سميعة ، لأن الصحة والسمع أمر يمتد فكان لبقائه حكم الابتداء بخلاف الحيض والمرض فإنهما مما لا يمتد ، ولو قال لعبده : إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت ، وتمامه في المحيط من باب الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال ، وبهذا علم أن قولهم إن ما كان محققًا تنجيز ليس على إطلاقه بل فيما لبقائه حكم ابتدائه . ومن شرائطه : وجود رابط حيث كان الجزاء مؤخرًا ، وسيأتي بيانه ، ومن شرائطه : أن لا يفصل بين الشرط والجزاء فاصل أجنبي فإن كان ملائمًا ، وذكر لإعلام المخاطبة أو لتأكيد ما خاطبها =

١٣٦٥ - وعندما يعلق شخص طلاق زوجته على حصول شيء من الأشياء وهو مدلول فعل الشرط فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا وقت التعليق ويجوز حصوله .

الثاني : أن يكون مدلول فعل الشرط محققًا أي موجودًا وقت التعليق

الثالث : أن يكون معدومًا ويستحيل حصوله.

١٣٦٦ - **فإن كان الأول** : كما إذا قال الرجل لزوجته : إن كلمت فلانًا ، أو خرجت بغير إذني فأنت طالق ؛ كان التعليق صحيحًا وينتظر حصول الشيء المعلق عليه الطلاق وهو تكليم فلان في المثال الأول ، والخروج بغير إذنه في المثال الثاني ، فإن وجد وقع الطلاق ، وإن لم يوجد فلا يقع .

١٣٦٧ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط محققا كما إذا قال لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق وهي لابسة له أو إن ركبت هذه الدابة فأنت طالق وكانت راكبة لها ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين.

الأول : أن يكون مدلول فعل الشرط من الأفعال التي تقبل الامتداد

الثاني : أن يكون من الأفعال التي لا تقبل الامتداد .

= بمعنى قائم في المنادي ؛ فإنه لا يضر كقوله لامرأته : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار ، تعلق الطلاق بالدخول ، ولا حد ، ولا لعان لأنه لتأكيد ما خاطبها به كقوله : يا زينب ، بخلاف ما إذا قال : يا زانية أنت طالق إن دخلت فإنه قاذف ، وتمامه في المحيط من باب ما يتخلل بين الشرط والجزاء ، وفي الخانية لو قال : إن دخلت الدار يا عمرة فأنت طالق ، ويا زينب فدخلت عمرة الدار طلقت ، ويسأل عن نيته في زينب ، وإن قال : نويت طلاقها أيضًا طلقت أيضًا ، ولو قال ذلك بغير واو فقال : نويت طلاقها مع عمرة طلقتا جميعًا ، ولو قدم الطلاق فقال : يا عمرة أنت طالق إن دخلت الدار ، ويا زينب فدخلت عمرة الدار طلقتا جميعًا . ولو قال : لم أنو طلاق زينب لا يقبل قوله وتمامه فيها ، وفي تلخيص الجامع من باب الاستثناء يكون على الجميع والبعض يا زانية إن تخلل الشرط والجزاء أو الإيجاب ، والاستثناء لم يكن قذفًا في الأصح ، وإن تقدم أو تأخر كان قذفًا لأنه للاستحضار عنه عرفًا ، ولإثبات الصفة وضعًا فلاءم من وجه دون آخر فعلق خللا ونجز طرفًا ، عملًا بهما كيا طالق ، وقد يعلق الخبر للنفي كالإقرار ا هـ .

ومن شرطه : أن لا يكون الظاهر قصد المجازاة فلو سبته بنحو : قرطبان وسفلة ، فقال : إن كنت كما قلت فأنت طالق ، تنجز سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن ؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق فإن أراد التعليق يدين ، وفتوى أهل بخارى عليه كما في فتح القدير . **ومن شرطه** : الاتصال فلو ألحق شرطًا بعد سكوته لم يصح ، وفي الظهيرية رجل له فأفأة أو ثقل في لسانه لا يمكنه إتمام الكلام إلا بعد مدة فحلف بالطلاق ، وذكر الشرط والاستثناء بعد تردد وتكلف ؛ إن كان معروفًا بذلك جاز استثناؤه وتعليقه » .

فالأول : كالإقامة واللبس والركوب فإن كلًّا منها من الأفعال التي تقبل الامتداد ولذا يصح عرفًا أن تقول : أقمت في هذا البيت سنة ، ولبست هذا الثوب شهرًا ، وركبت هذه الدابة ساعتين مثلًا .

فإن علق طلاق زوجته على شيء من هذه الأشياء بأن قال لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق وكانت لابسة له ، ومضى زمن تتمكن فيه من خلعه ولم تخلعه ؛ وقع الطلاق ؛ لأن هذه الأفعال لبقائها حكم ابتدائها أعني أنه إذا قال لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق ولم تكن لابسة له ، فلا يقع الطلاق إلا إذا ابتدأت لبسه ، فإذا كانت لابسة له واستمرت على لبسه مع التمكن من خلعه وقع الطلاق أيضًا ؛ لأن البقاء له حكم الابتداء فكأنها باستمرارها على لبسه مع التمكن من الخلع ابتدأت لبسًا جديدًا فيقع كما إذا كانت غير لابسة له وقت التعليق ولبسته .

والثاني : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط من الأفعال التي لا تقبل الامتداد كالخروج والدخول ، كما إذا قال رجل لزوجته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وكانت داخلة فيها وقت تعليق الطلاق ؛ فلا يقع الطلاق ولو استمرت داخل الدار سنين ما لم تخرج منها ثم تدخلها ؛ لأن الدخول لا يمتد إذ هو عبارة عن الانفصال من خارج إلى داخل ، وهذا الانفصال يسير جدًّا فلا يقبل الامتداد ، ولذا لا يحسن عرفًا أن تقول: دخلت البيت شهرًا ، وإنما تقول : أقمت فيه مدة كذا ، فلا يقع الطلاق باستمراره وإنما يقع عند إنشاء دخول آخر غير الحاصل وقت التعليق. ومثل الدخول الخروج فإذا قال رجل لزوجته : إن خرجت من هذا البيت بغير إذني فأنت طالق وكانت خارجه وقت اليمين فلا يقع الطلاق ولو استمرت خارج البيت أيامًا وإنما يقع إذا دخلت البيت ثم خرجت منه بغير إذنه .

وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط معدومًا ويستحيل حصوله ؛ كما إذا قال لها : إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق ؛ كان التعليق لاغيًا فلا يقع الطلاق لا في الحال لأنه ليس منجزًا ولا في الاستقبال ؛ لأن الطلاق المعلق على شيء لا يقع إلا عند حصول هذا الشيء وإذا كان الشيء المعلق عليه مستحيلا أي لا يتأتى حصوله أصلًا فلا فائدة في صحة التعليق ؛ لأنه لا يجيء وقت من الأوقات يمكن حصوله فيلغوا التعليق في الحال .

ولا يصح التعليق إلا إذا كان هناك اتصال بين جملة فعل الشرط وجملة الجواب كما

في الأمثلة المتقدمة فإن فصل بينهما كما إذا قال رجل لزوجته أنت طالق وسكت وبعد ذلك قال لها أن كلمت فلانًا فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن يكون الفصل لغير عذر .

الثاني : أن يكون لعذر .

١٣٦٨ - **فإن كان الأول** : فلا يصح التعليق بل الطلاق في الحال.

١٣٦٩ - **وإن كان الثاني** : كما إذا قال لها : أنت طالق فأخذه السعال أو العطاس أو أمسك أحد فمه فلم يقدر على الآتيان بقوله : إن دخلت الدار وبعد زوال العذر أتى به فورًا ، صح التعليق فلا يقع الطلاق إلا إذا وجد مدلول فعل الشرط .

١٣٧٠ - وكما يلغو الطلاق المعلق على أمر مستحيل كذلك يلغو الطلاق في أحوال:

الحالة الأولى : الطلاق المدخول فيه الشك كما إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق أو غير طالق ، أو أنت طالق أو لا ، فلا يقع شيء لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع .

الحالة الثانية : الطلاق المضاف لحالة منافية لإيقاعه كما إذا قال رجل لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ؛ فإنه لا يقع شيء لأنه أضاف الطلاق لحالة منافية لملكية الطلاق ؛ إذ قبل تزوجها لا يملك عليها طلاقًا ومثل هذا قوله : طلقتك وأنا نائم أو صبي ؛ فإنه لا يقع أيضًا لأنه في حال النوم ووقت الصبا ليس أهلًا لإيقاع الطلاق فإذا أضافه إلى حالة منافية لإيقاعه يلغو .

الحالة الثالثة : الطلاق المضاف لحالة منافية لوقوعه كما إذا قال رجل لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ؛ فلا يقع شيء لأنها قبل تزوجه لها ليست محلًا للطلاق ، والطلاق لا يقع إلا إذا كانت المرأة محلًا له ، فإذا أضافه لوقت ليست المرأة فيه محلًا للطلاق يلغو .

الحالة الرابعة : الطلاق المعلق على المشيئة الإلهية فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام : « **من حلف بطلاق أو عتاق وقال : إن شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث** » [1] ولأن مشيئة الله تعالى لا يطلع عليها

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٧٢/٢) : « لم أجده ، وروى أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله ، فلا حنث » ينظر : سنن الترمذي (كتاب : النذور والأيمان من رسول الله / باب : ما جاء في الاستثناء في اليمين / ١٥٣١) .

أحد فكان إعدامًا للجزاء كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾ (١) ويشترط في عدم وقوع هذا الطلاق شرطان:

الأول : أن يكون قوله : إن شاء اللّٰه تعالى ، متصلًا به فلو كان منفصلًا عنه ، فإما أن يكون الفصل لعذر أو لغير عذر ، فإن كان الأول كالسعال والعطاس وإمساك الفم ؛ فلا يقع الطلاق أيضًا وإن كان الثاني وقع الطلاق .

الثاني : أن يكون قوله : إن شاء اللّٰه تعالى مسموعًا ، فلو قاله سرًّا ولم يسمع وقع طلاقه .

ومثل هذا ما إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا ، فإن كان السكوت لعذر وقع الثلاث ، وإن كان لغير عذر فلا يقع إلا واحدة ، وكذا إذا استثنى بعض الطلقات التي أوقعها أوّلًا كما إذا قال لها : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة أو اثنتين ، فإن كان متصلًا فلا يقع في المثال الأول الاثنتان ، وفي الثاني يقع واحدة ، وإن كان منفصلًا ففيه التفصيل المتقدم .

١٣٧١ - ومن الناس من جوز الاستثناء ما دام الحالف في المجلس ، وعن ابن عباس جوازه إلى سنة ، وعنه جوازه أبدًا ولكن هذا لا يعول عليه أصلًا بل لابد أن يكون الاستثناء متصلًا حتى يكون معولًا عليه ، ولذلك أدلة منها قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ ﴾ (٢) الآية فلو جاز الاستثناء منفصلًا لما كان لإيجاب الكفارة معنى ، لأن الحالف كان يستثنى في يمينه بأن يقول إن شاء اللّٰه ، فلا تلزمه الكفارة .

١٣٧٢ - ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ (٣) فلو جاز الاستثناء منفصلًا لما كان لهذا معنى إذ كانوا يستثنون بعد ما طلقوا نساءهم ثلاثًا فلا يكون هناك داع إلى تزوجها بغيره .

١٣٧٣ - ومنها قوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » (٤) ولو جاز الاستثناء منفصلًا لأمره به ولما

(١) الأعراف : ٤٠ . (٢) المائدة : ٨٩ .

(٣) البقرة : ٢٣٠ .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الأيمان حديث رقم (٣١١٣) ، والترمذي في السنن كتاب الأيمان والنذور حديث رقم (١٤٥٠) ، ومالك في الموطأ كتاب الأيمان والنذور حديث رقم (٩٠٥) .

وجبت الكفارة أبدًا .

١٣٧٤ - وروي أن أبا جعفر المنصور دعا أبا حنيفة رضى اللّٰه تعالى عنه وقال له : لِمَ خالفت جدي في الاستثناء ؟ فقال له : لحفظ الخلافة عليك ، فإنك تأخذ عقد البيعة بالإيمان والعهود الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك فقال له : أحسنت [١] .

(مادة ٢٥٣)

يُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ التَّعْلِيقِ أَنْ يَكُونَ : فِي مِلْكِ النِّكَاحِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، أَيْ : حَالَ قِيَامِهِ ، أَوْ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ ، أَوِ الْبَائِنِ فِي بَعْضِ صُوَرِهِ ، أَوْ مُضَافًا إِلَى الْمِلْكِ .

فَإِنْ أَضَافَهُ الْمُعَلِّقُ إِلَى امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ مِنْهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، وَوَقَعَ الشَّرْطُ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا ، فَلاَ يَلْزَمُهُ ، وَلاَ تطلق الْمَرْأَةُ بِوُقُوعِهِ [٢] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٣) لا يقع الطلاق :
أ - المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق .
ب - بالحنث في يمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق .
ج - المتتابع أو المقترن بالعدد لفظًا أو كتابة أو إشارة إلا طلقة واحدة .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٣٩) : « (والملك يشترط لآخر الشرطين) يعني إذا كان الشرط ذا وصفين بأن قال لها : إن دخلت دار زيد ودار عمرو ، أو قال لها : إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ، يشترط لوقوع الطلاق أن يكون آخرهما في الملك حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين وانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهي مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر ، وقع عليها الطلاق المعلق ، وقال زفر رحمه الله : لا تطلق حتى يوجد الأول أيضًا في الملك اعتبارًا له بالشرط الثاني ، وهذا لأنهما كشيء واحد ، ألا ترى أن الطلاق لا يقع إلا بهما ، ثم الملك يشترط عند وجود الثاني فكذا عند الأول .
ولنا : أن حال وجود الشرط الأول حال البقاء فلا يشترط فيه الملك لاستغنائه عنه في حالة البقاء ، وإنما يشترط ذلك وقت التعليق ليكون الجزاء غالب الوجوب باستصحاب الحال إلى وجود الشرط ، ويشترط وجوده عند وجود الشرط لينزل الجزاء وفيما بين ذلك حال البقاء وبقاء اليمين بذمة الحالف بإيجاب البر على نفسه فلا يشترط له الملك ، وهذا كالنصاب يشترط عند انعقاد السبب وعند الوجود وفيه خلاف زفر . **وتنقسم هذه المسألة عقلا إلى أربعة أقسام** : إما أن يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق ، أو يوجدا في غير الملك فلا يقع بالاتفاق ، أو يوجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع إلا عند ابن أبي ليلى ، أو يوجد الأول في غير الملك والثاني في الملك ؛ وهي الخلافية المذكورة فيما تقدم » .

١٣٧٥ - فقد علمت أن حكم التعليق أنه متى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق ، وإذا لم يوجد فلا يقع ولكن هذا الحكم لا يلزم إلا في حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون المرأة محلًّا للطلاق ، بأن يكون عقد الزواج قائمًا ولم يحصل طلاق أصلًا ، أو حصل طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى وكانت المرأة في العدة ، فإذا قال الرجل لزوجته التي لم يوقع عليها طلاقًا ، أو أوقعه وكان غير بائن بينونة كبرى ولم تنقض عدتها : إن كلمت فلانًا فأنت طالق ؛ لزمه حكم هذا التعليق ، فإن وجد مدلول فعل الشرط وهي الملك وقع الطلاق وإذا لم يوجد أصلًا ، أو وجد وهي في غير الملك فلا يقع .

الحالة الثانية : أن تكون المرأة ليست محلًّا للطلاق وقت التعليق بأن كانت غير معقود عليها ، ولكنه أضاف الطلاق إلى سبب الملك وهو التزوج ، فإذا قال رجل لامرأة أجنبية منه : إن تزوجتك فأنت طالق ، لزمه حكم هذا التعليق ، فمتى حصل التزوج وقع الطلاق ؛ لأنه وإن كان لا يملك إيقاع الطلاق حالًا إلا أنه أضافه إلى سبب ملكه وهو التزوج ، فيصح التعليق ، ويلزم حكمه فمتى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق .

١٣٧٦ - أما إذا لم يوجد تعليق الطلاق في إحدى هاتين الحالتين بأن كانت المرأة المعلق طلاقها على حصول شيء ليست في الملك حقيقة ولا حكمًا بأن كانت أجنبية منه ولم يضف الطلاق إلى سبب الملك وذلك بأن يقول لها : إن كلمت فلانًا فأنت طالق ، فلا يلزم حكم هذا التعليق . وينبني على هذا : أنه إذا وجد مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان فلا يقع الطلاق سواء وجد قبل تزوجها أو بعده ؛ إذ هي ليست محلًّا للطلاق قبل التزوج فلا يقع ، وأما بعد التزوج فهي وإن كانت محلًّا للطلاق لكن التعليق لا يلزم حكمه إلا إذا وجد في إحدى الحالتين المتقدمتين ولم يوجد فلا يقع .

١٣٧٧ - **وقال الإمام الشافعي والإمام أحمد رضي الله تعالى عنهما** : لا يلزم حكم التعليق إلا في الحالة الأولى وهي أن تكون المرأة محلًّا للطلاق ، وأما في الحالة الثانية فلا يلزم حكمه سواء خصص أو عمم .

فإذا قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق ؛ فلا يصح هذا التعليق أصلًا ، وينبني على ذلك إنه لو حصل التزوج ووجد مدلول فعل الشرط فلا يقع الطلاق .

١٣٧٨ - والإمام مالك رضى الله تعالى عنه يوافق في الحالة الأولى ويفصل في الحالة

الثانية فيقول : إن خصص امرأة بأن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو بلدا بأن قال . كل امرأة أتزوجها من البلدة الفلانية فهي طالق أو صنفا بأن قال . كل بكر أو كل ثيب أتزوجها فهي طالق لزم هذا التعليق وإن عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا يلزمه حكمه .

١٣٧٩ - واستدل الشافعي وأحمد بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك » (١) وبأحاديث كثيرة وردت في هذا الموضوع وبأن ابن عباس سئل عن هذه المسألة فقال : قال اللّٰه تعالى : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ (٢) شرع اللّٰه الطلاق بعد النكاح ، فلا طلاق قبله . ولأن المحل شرط للطلاق كأهلية الزوج ، فكما أنه لا يجوز التعليق بالأهلية من غير من هو أهل للطلاق كالصبي يقول : إذا بلغت فامرأتي طالق ؛ فكذا لا يصح في غير المحل ولو أضافه لسبب الملك ، ولأنه يضاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع أصلًا .

١٣٨٠ - والإمام مالك يقول : إن في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح بخلاف التخصيص فإن له أن يتزوج بغير المخصصة .

١٣٨١ - والحنفية يقولون : إن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين باللّٰه تعالى ؛ لأن اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لأنه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاق ؛ لأنه لا يكون طلاقًا إلا بعد الوصول إلى المحل فما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لأجل الطلاق لا لأجل الحلف ، ويطعنون في كل الأحاديث التي وردت في هذا الباب أو يقولون . لو صحت حملت على التنجيز لا على التعليق. ولكن هذا الحمل ظاهر في بعض الأحاديث مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا طلاق قبل النكاح » (٣) ولا يظهر في البعض الآخر مثل ما روى عن عبد اللّٰه بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبي أولياؤها أن يزوجوها منه فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثًا سئل عن ذلك رسول اللّٰه ﷺ فقال : « لا طلاق قبل النكاح » إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقًا منجزًا . ومما تقدم من الأدلة يعلم أن مذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد هو الظاهر .

(١) سنن الترمذي (كتاب الطلاق واللعان عن رسول اللّٰه / باب : ما جاء لا طلاق قبل النكاح / ١١٨١) ، ومسند أحمد (١٩٠/٢) . (٢) الأحزاب : ٤٩ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٣٩) .

(مادة ٢٥٤)

زَوَالُ مِلْكِ النِّكَاحِ بِوُقُوعِ طَلْقَةٍ بَائِنَةٍ أَوْ ثِنْتَيْنِ لاَ يُبْطِلُ الْيَمِينَ الْمَعْقُودَةَ حَالَ قِيَامِهِ ، فَمَنْ عَلَّقَ طَلاقَ امْرَأَتِهِ بِمَا دُونَ الثَّلاثِ ، أَوْ بِهَا لَوْ حُرَّةً ، ثُمَّ أَبَانَهَا بِمَا دُونَ الثَّلاثِ مُنجزًا قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، وَوُجِدَ الشَّرْطُ ، يَقَعُ الطَّلاقُ الْمُعَلَّقُ كُلُّهُ (١) .

* * *

١٣٨٢ - وما دامت المرأة المعلق طلاقها على حصول شيء موجودة في عصمة الزوج فاليمين المعلقة باقية ففي أي زمن وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق ، أما لو انحل قيد الزواج وخرجت المرأة من عصمته ؛ فإما أن يكون انحلاله بالبائن بينونة صغرى أو بالبائن بينونة كبرى .

١٣٨٣ - **فإن كان الأول** : فاليمين المعلقة باقية فإن وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت إلى عصمته وقع الطلاق المعلق .

١٣٨٤ - **وينبني على هذا** : أن الزوج إذا قال لزوجته أن خرجت بغير إذني فأنت طالق وقبل أن تخرج بغير الإذن نجز عليها طلاقًا بائنًا سواء كان واحدة أو اثنتين ثم أعادها إلى عصمته ، سواء كان في العدة أو بعدها ثم خرجت بغير إذن ، وقع الطلاق المعلق لأن مدلول فعل الشرط لم يوجد قبل هذا الوقت ، والجزاء باق لبقاء محله ، فتبقى اليمين سواء كان الطلاق المعلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثة ، إلا أنه إذا كان ثلاثًا فلا يقع منه إلا ما هو باق له من طلقات هذا الملك .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٣٥ ، ٢٣٦) : « (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين ، والمراد زواله بطلقة واحدة أو طلقتين ، أما إذا زال بثلاث طلقات ؛ فإنه يزيلها إلا إذا كانت مضافة إلى سبب الملك ، فحينئذ لا تبطل بالثلاث ؛ لأن صحتها باعتبار ملك سيحدث على ما مر من قبل قال رحمه الله : (فإن وجد الشرط في الملك طلقت وانحلت) ؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل ولم تبق اليمين ؛ لأن بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولم يبق واحد منهما قال رحمه الله (وإلا لا وانحلت) أي وإن لم يوجد الشرط في الملك لا يقع الطلاق وتنحل اليمين ، ومراده . إذا وجد الشرط في غير الملك ، أما بمجرد عدم الشرط في الملك لا تنحل اليمين ، وإنما تنحل بوجوده في غير الملك لوجود الشرط حقيقة ولا يقع شيء لعدم المحلية » .

(مادة ٢٥٥)

زَوَالُ الحِلِّ بِوُقُوعِ الثَّلاثِ يُبْطِلُ تَعْلِيقَ مَا دُونَ الثَّلاثِ ، وَالثَّلاثِ أَيْضًا لِلْحُرَّةِ . فَمَنْ عَلَّقَ مَا دُونَ الثَّلاثِ أَوِ الثَّلاثَ لِلْحُرَّةِ ، ثُمَّ نَجَّزَ الثَّلاثَ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ التَّحْلِيلِ ، بَطَلَ التَّعْلِيقُ بِحَيْثُ لَوْ وُجِدَ الشَّرْطُ ، لا يَقَعُ شَيْءٌ مِنَ الطَّلَقَاتِ الَّتِي عَلَّقَهَا فِي الْمِلْكِ الأَوَّلِ (١) .

* * *

١٣٨٥ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كان انحلال قيد النكاح بالبائن بينونة كبرى بطلت اليمين المعلقة ، فإن وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت إلى عصمته ؛ فلا يقع شيء . **وينبني على هذا** : أن الزوج إذا قال لزوجته : إن كلمت فلانًا فأنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا ، وقبل حصول مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان انحل قيد نكاحها بالبائن بينونة كبرى بأن نجز عليها الطلاق الثلاث ثم عادت إليه بعد التحليل ، ووجد مدلول فعل الشرط ؛ فلا يقع الطلاق المعلق أصلا لأن الحل قد زال بوقوع الثلاث المنجزة .

وإنما كان زوال الملك غير مبطل ؛ لليمين المعلقة وزوال الحل مبطل لها وأن الزوج لا يملك إلا طلقات الملك الذي حصل فيه الطلاق وهي الثلاث بما أن زوال الملك الذي يكون بطلقة واحدة أو اثنتين يبقى شيئا من الثلاث تلغو اليمين بالنسبة للباقي بخلاف زوال الحل ، فإنه لا يكون إلا بالثلاث يكون طلقات هذا الملك قد انتهت ، فلا يسري اليمين على طلقات ملك لم يصل فيه التعليق .

١٣٨٦ - وكما يبطل التعليق بزوال الحل ، يبطل أيضًا بزوال إمكان البر المصحح .

١٣٨٧ - **تعليق : وينبني على هذا** : أن الزوج إذا كان مدينًا لزوجته فطلبت منه قضاء الدين فقال لها : إن لم أدفعه لك في مدة شهر مثلًا فأنت طالق ثلاثًا فأبرأته من هذا الدين في أثناء الشهر ، فإذا انقضى الشهر فلا يقع الطلاق المعلق ؛ لأن دفعه دين بعد الإبراء منه غير ممكن فيبطل التعليق فلا يقع الطلاق .

وأن الزوج إذا قال لزوجته : إن لم تردي على الشيء الفلاني في هذه الساعة فأنت طالق ، ويتناوله بنفسه قبل مضي الساعة فلا يقع الطلاق ؛ لأنه لا يمكنها رد الشيء عليه بعد أخذه . وأن الزوج إذا ظن أن زوجته أخذت نقودًا من كيسه فقال لها : إن لم تردي

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

النقود التي أخذيتها من هذا الكيس فأنت طالق ثلاثًا ، وتبين بعد اليمين أنها لم تأخذ شيئًا منه ؛ فلا يقع الطلاق ؛ لأنه يستحيل أن ترد شيئًا تأخذه وأمثله هذا المبحث كثيرة جدا والذكي يمكنه أن يقيس على ما ذكر مثله لا تحصر .

(مادة ٢٥٦)

تَنحَلُّ الْيَمِينُ وَلاَ يَبْقَى لَهَا عَمَلٌ بَعْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، سَوَاءٌ كَانَ وُجُودُهُ فِي الْمِلْكِ أَوْ بَعْدَ زَوَالِهِ ، لكِنْ إِنْ وُجِدَ تَمَامُهُ وَالْمَرْأَةُ فِي الْمِلْكِ حَقِيقَةً أَوْ فِي عِدَّةِ الطَّلاقِ ، يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلاقُ ، وَإِنْ وُجِدَ بَعْدَ زَوَالِهِ ، فَلا يَقَعُ شَيْءٌ (١) .

* * *

١٣٨٨ - والأداة التي علق الطلاق على حصول مدلول ما بعدها لا يخلو حالها من أحد أمرين .

الأول : أن لا تفيد التعميم . **الثاني** : أن تفيده .

١٣٨٩ - **فالأولى** : مثل إن وإذا . والثانية : ككل . وكلما . **ففي الأولى** : متى وجد مدلول فعل الشرط مرة انحلت اليمين ، فإذا وجد مرة ثانية فلا يترتب على هذا الوجود شيء . وفي الثانية : لا تنحل اليمين بأول مرة بل تبقى لمرة ثانية وثالثة على التفصيل الذي سيلقى عليك في شرح المادة الآتية .

١٣٩٠ - **وينبني على هذا** : أن الرجل إذا قال لزوجته : إن خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت أول مرة ؛ انحلت اليمين سواء كان خروجها وهي في عصمته أو بعد زوال العصمة فلا فرق بينهما في انتهاء اليمين وإنما الفرق في وقوع الطلاق وعدم وقوعه .

١٣٩١ - **وبيان ذلك** : أنه أن وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة أو حكمًا انحلت اليمين ووقع الطلاق ، وإن وجد والمرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكمًا انحلت اليمين أيضًا ولا يقع الطلاق .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٣٥ ، ٢٣٦) : « وإن لم يوجد الشرط في الملك لا يقع الطلاق وتنحل اليمين ، وإذا وجد الشرط في غير الملك أما بمجرد عدم الشرط في الملك لا تنحل اليمين ، وإنما تنحل بوجوده في غير الملك لوجود الشرط حقيقة ولا يقع شيء لعدم المحلية » .

١٣٩٢ - وينبني على هذا أيضًا : أن الرجل إذا قال لزوجته : إن خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت قبل أن ينجز عليها طلاقًا ، وقع الطلاق ، لأن الشرط وجد وهي في ملكه حقيقة ، فتكون محلًا له ، فينزل الجزاء وهو الطلاق ، فيقع وتنحل اليمين ، بمعنى أنه أن وجد مدلول فعل الشرط مرة ثانية وهي في الملك فلا يقع طلاق ؛ لأن الأداة لا تفيد التعميم .

ومثله : ما إذا نجز عليها طلاقًا قبل حصول مدلول فعل الشرط سواء كان رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى ، ولكن قبل انقضاء عدتها خرجت من البيت ، فإن الطلاق يقع أيضًا لحصول مدلول فعل الشرط وهي في الملك حكمًا لكونها في العدة فيصادف الطلاق محله فيقع وتنحل اليمين أيضًا لما تقدم .

١٣٩٣ - وقال الإمام الشافعي رضى اللّٰه تعالى عنه : إن كان الطلاق المنجز رجعيًا ووجد مدلول فعل الشرط وهي في العدة وقع الطلاق ، وإن كان بائنًا فلا يقع ؛ لأن الملك قد زال .

١٣٩٤ - ولكن محل وقوع الطلاق عند حصول مدلول فعل الشرط : إذا لم تكن المرأة مضطرة ، فإذا قال لها : إن خرجت من هذا البيت بغير إذني فأنت طالق فحصل للدار حرق أو غرق فخرجت بغير إذنه فلا يقع الطلاق لأنها مضطرة .

١٣٩٥ - أما إذا نجز عليها طلاقًا بعد التعليق ثم بعد انقضاء العدة وجد المحلوف عليه فلا يقع الطلاق ومع ذلك تنحل اليمين .

١٣٩٦ - أما عدم وقوع الطلاق : فلأنة لم يصادف محله إذ وقت حصوله كانت المرأة أجنبية فهي ليست محلًا للطلاق فلا يقع ، وأما انحلال اليمين ؛ فلوجود المحلوف عليه مرة والأداة لا تفيد التكرار .

وينبني على هذا الأصل : وهو أنه متى وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة أو حكمًا انحلت اليمين ووقع الطلاق ومتى وجد وهي ليست في الملك أصلًا انحلت اليمين ولا يقع الطلاق إن الرجل إذا علق طلاق زوجته بالثلاث على شيء لا يستغني عنه بأن قال لها : إن تاجرت في كذا فأنت طالق ثلاثًا ، فظهر له بعد ذلك أنه لا يستغني عن التجارة في هذا الشيء ، ولكن إن اتجر يقع الطلاق الثلاث مع إنه يريد إبقاء زوجته ، وإن لم يتجر فلا يقع الطلاق ، ولكن هو في حاجة إلى الاتجار ، فحينئذ ينجز عليها طلقة واحدة ، وينتظر حتى تنقضي عدتها فيتجر في المحلوف عليه ثم

يعقد على زوجته ، فإذا استمر في التجارة فلا يقع الطلاق ؛ لأن المحلوف عليه وجد وهي خارجة عن الملك فتنحل اليمين ولا يقع الطلاق .

١٣٩٧ - وعلى قول الإمام الشافعي لا داعي إلى انقضاء عدة الطلاق متى كان بائنا وهو أسهل في هذا الموضوع .

(مادة ٢٥٧)

لَا يَحْنَثُ الْحَالِفُ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ فِي جَمِيعِ أَدَوَاتِ الشَّرْطِ ، إلا إِذَا اسْتَعْمَلَ كَلِمَةَ « كُلَّمَا » ، فَإِنْ أَدْخَلَهَا عَلَى غَيْرِ التَّزَوُّجِ بِأَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ : كُلَّمَا زُرْتِ أُخْتَكِ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَلا تَنْتَهِي الْيَمِينُ إلا بِالزِّيَارَةِ الثَّالِثَةِ ، وَفِي كُلِّ زِيَارَةٍ يَحْنَثُ ، حَتَّى إِذَا انْتَهَتِ الثَّلاثُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ ، فَلا يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلاقُ إِنْ زَارَتْ . وَإِنْ أَدْخَلَهَا عَلَى سَبَبِ الْمِلْكِ وَهُوَ التَّزَوُّجُ بِأَنْ قَالَ : كُلَّمَا تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً ، فَهِيَ طَالِقٌ . فَلاَ تَنْتَهِي الْيَمِينُ بِالثَّلاثِ ، بَلْ تَطْلُقُ الْمَرْأَةُ بِكُلِّ تَزَوُّجٍ ، وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ (١) .

* * *

١٣٩٨ - فقد علم من هذا أن أداة التعليق أن كانت لا تفيد التكرار فلا يحنث الحالف إلا مرة واحدة لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار ، لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط .

١٣٩٩ - فإن كانت تفيد التكرار والعموم حنث الحالف أكثر من مرة والأدوات التي تفيده هي كل وكلما ولكن بينهما فرق وهو أن كلمة كل تقتضي عموم الأسماء وكلما تقتضي عموم الأفعال ؛ لأن كلمة كل تدخل على الأسماء وكلما تدخل على الأفعال فتفيد كل واحدة منهما عموم ما دخلت عليه ، فإذا وجد اسم واحد أو فعل واحد فقد

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤١٥/١) : « ألفاظ الشرط إن وإذا وإذما وكل وكلما ومتى ومتى ما ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لأنها تقتضي العموم والتكرار فبوجود الفعل مرة تم الشرط وانحلت اليمين فلا يتحقق الحنث بعده إلا في كلما لأنها توجب عموم الأفعال فإذا كان الجزاء الطلاق والشرط بكلمة كلما يتكرر الطلاق بتكرار الحنث حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليه ، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يحنث عندنا ، كذا في الكافي . ولو دخلت كلمة كلما على نفس التزوج بأن قال : كلما تزوجت امرأة فهي طالق ، أو كلما تزوجتك فأنت طالق ، يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر ، هكذا في غاية السروجي » .

وجد المحلوف عليه ؛ فتنحل اليمين في حقه فقط ، وتبقى في حق غيره من الأسماء والأفعال .

وينبني على هذا : أن الرجل إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ؛ وقع عليها الطلاق وانحلت اليمين في حقها فقط وبقيت في حق غيرها فإذا تزوجها بعد ذلك فلا يقع شيء.

١٤٠٠ - وأما كلما فلا يخلو حالها من أحد أمرين : الأول : أن تدخل على غير سبب الملك . الثاني : أن تدخل على سبب الملك.

فإن كان الأول : أفادت التكرار ولكن تكرارها ينتهي بانتهاء الثلاث كما إذا قال رجل لزوجته كلما زرت أختك فأنت طالق ، فإنها هنا دخلت على الزيارة وهي ليست سببًا لملك الطلاق ، فإن وجدت الزيارة أول مرة والمرأة في الملك حقيقة أو حكمًا ؛ وقع الطلاق ، وإن وجدت مرة ثانية بالشرط المتقدم وقع طلاق ثان ، وإن وجدت مرة ثالثة وقع طلاق ثالث ، فإذا تزوجت بغيره ثم عادت لزوجها الأول ووجدت الزيارة فلا يقع الطلاق .

وإن كان الثاني : وهو دخولها على سبب الملك فلا ينتهي بالثلاث ، فإذا قال رجل : كلما تزوجت امرأة فهي طالق ؛ فإنها دخلت على التزوج وهو سبب ملك الطلاق ، فإن وجد تزوج أي امرأة كانت ، وقع الطلاق ، فإن تزوجها ثانيًا وقع طلاق ثان ، فإن عقد عليها ثالثًا وقع ثالث ، فإذا تزوجت بغيره وعقد عليها الأول بعد التحليل وقع الطلاق ؛ لأن اليمين في هذه الحالة لا تنتهي أصلًا .

١٤٠١ - وإنما قالوا أن « كلما » إن دخلت على غير سبب الملك تنتهي اليمين بثلاث طلقات ، ولو دخلت على سبب الملك لا تنتهي أبدا لأن المحلوف عليه في الحالة الأولى طلقات الملك الذي حصل تعليق الطلاق فيه وهي متناهية فتنتهي اليمين بانتهائها- والمحلوف عليه في الحالة الثانية هو التزوج وهو لا نهاية له ، فكلما وجد وقع الطلاق لأنه غير متناه - ولا تنس ما تقدم لك من مذاهب الأئمة الأخر ؛ فإنهم يقولون إن التعليق لا يصح إلا إذا كان في الملك ، فلو قال رجل كل امرأة أتزوجها أو كلما تزوجت امرأة فهي طالق ؛ فلا يصح هذا التعليق أصلًا ، فله أن يتزوج بمن شاء ولا يقع الطلاق- وهو ظاهر المراد .

(مادة ٢٥٨)

إِذَا عَلَّقَ الزَّوْجُ الطَّلاقَ عَلَى شَرْطَيْنِ أَوْ عَلَى شَيْئَيْنِ ، فَإِنْ وُجِدَا أَوِ الثَّانِي مِنْهُمَا وَالْمَرْأَةُ فِي الْمِلْكِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، وَقَعَ الطَّلاقُ ، وَإِلا فَلا (١) .

* * *

١٤٠٢ - وتعليق الطلاق إما أن يكون على شيء واحد أو على شيئين فإن كان على شيء واحد كما إذا قال رجل لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق ووجد مدلول فعل

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٤٢٤/١ ، ٤٢٥) : « (ولو علق) طلاقًا أو عتقًا (بشرطين) بأن قال لها إن دخلت دار زيد ودار عمرو أو قال لها : إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق (شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما) حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين فانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهي مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق عندنا خلافًا لزفر ، ووقع في الدرر علق الثلاث بشيئين وعدل عن قول الكنز وهو الملك يشترط لآخر الشرطين لما قال في الفتح ، وجعله في الكنز مسألة الكتاب من أن تعدد الشرط ليس بذلك ؛ لأن تعدد الشرط بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه . ولا يستلزم تعددُه تعددَه ، فإنها لو كلمتهما معًا وقع الطلاق ؛ لوجود الشرط وغايته عدد بالقوة . انتهى . لكن قوله في جعله مسألة الكتاب من تعدد الشرط سهو ؛ لأنه إنما جعله من قبيل الشرط المشتمل على وصفين وعليه حمل عبارته لا من قبيل تعدد الشرط كما في البحر (فإن وجدا) أي الشرطان (أو آخرهما فيه) أي في الملك (وقع) الطلاق . (وإن وجدا أو آخرهما لا فيه لا يقع) لاشتراط الملك حالة الحنث . وقال الزيلعي : وهذه المسألة على أربعة أوجه : إما أن يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق ، أو يوجدان في غير الملك ، أو يوجد الأول في الملك والثاني في غيره فلا يقع أيضًا ، أو يوجد الأول في غيره والثاني فيه فيقع عندنا خلافًا لزفر » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٩١/٢ ، ٥٩٢) : « (ولو) علق الطلاق مثلًا على شرطين ، ويسمى تعليق التعليق كما لو (قال : إن كلمت إن دخلت) فأنت طالق أو حرة ، أو فعلي المشي إلى مكة (لم يحنث) الحالف (إلا بهما) معًا ، سواء فعل المتقدم في اللفظ أو لا ، أو أخر ، أو فعلهما معًا ، فيما يمكن فيه الجمع في آن واحد ، ولا يرد على هذا ما تقدم في اليمين من التحنيث بالبعض ، وقال ابن رشد : لم يختلف قول مالك ولا قول أحد من أصحابه - فيما علمت - أن من حلف ألا يفعل فعلين ففعل أحدهما ، أو لا يفعل فعلًا ففعل بعضه أنه حانث من أجل أن ما فعله من ذلك قد حلف أن لا يفعله ؛ إذ هو بعض المحلوف عليه - انتهى . لأن ما تقدم إما لا تعليق فيه أصلًا كاليمين بالله - أو فيه تعليق واحد ، وهنا فيه تعليق التعليق ، والمعلق لا يقع إلا بوقوع المعلق عليه ، والمعلق عليه هنا مجموع الأمرين معًا ، كأنه قال : إن حصل الأمر فأنت طالق . وفي المسألة نزاع طويل بين الفقهاء والنحاة » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٧٠/٩) : « الطلاق إذا كان معلقًا على شرطين ، تطلق بوجود أحدهما » .

الشرط وهي في الملك حقيقة أو حكما وقع الطلاق بلا انتظار شيء آخر . وإن كان على شيئين كما إذا قال رجل لزوجته إن دخلت دار فلان ودار فلان فأنت طالق أو إن كلمت فلانا وفلانا فأنت طالق ثلاثا فلا يقع الطلاق بوجود واحد منهما بل ينتظر حصول الثاني فإن وجد والمرأة في الملك حقيقة أو حكمًا وقع الطلاق وإن لم يوجد أصلا أو وجد ولكن وقت وجوده كانت المرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكمًا فلا يقع الطلاق فمتى وجد الثاني من الأمرين وهي في الملك وقع الطلاق ومتى وجد وهي خارجة عن الملك فلا يقع - **وهذه المسألة لها أربع صور** .

الأولى : أن يوجد كل من الأمرين والمرأة في الملك وهذه يقع فيها الطلاق . وصورتها : أن يقول رجل لزوجته : إن دخلت دار فلان ورآك فيها فأنت طالق ثلاثًا ، وقبل حصول الفرقة بينهما دخلت دار فلان ورآها فيها ، وقع الطلاق المعلق ، وهو الثلاث لوجود الأمرين وهي محل للطلاق .

الثانية : أن يوجد الأول وهي خارجة عن الملك والثاني وهي في الملك فيقع الطلاق أيضًا . وصورتها : أن يقول رجل لزوجته : إن كلمت فلانًا وفلانًا فأنت طالق ثلاثًا ، وقبل أن تكلم واحدًا منهما نجز عليها طلاقًا وكلمت واحدًا منهما بعد انقضاء عدتها ، ثم تزوجها فكلمت الآخر ، وقع الطلاق لأن الأمرين وجدا ، وعند وجود آخرهما كانت المرأة محلًّا للطلاق فيقع .

الثالثة : أن يوجد الأمران وهي خارجة عن الملك وفي هذه الحالة لا يقع الطلاق . وصورتها : أنه بعد أن نجز عليها طلاقًا في المثال المتقدم في الصورة الثانية كلمت فلانًا وفلانًا بعد انقضاء عدتها ؛ فلا يقع الطلاق ، لأن الأمرين وإن وجدا لكن وقت الوجود ليست المرأة محلًّا للطلاق ، إذ هي في غير الملك فلا يقع .

الصورة الرابعة : أن يوجد الأول وهي في الملك والثاني وهي خارجة عن الملك ، وفي هذه لا يقع الطلاق أيضًا وصورتها : أن تكلم واحدًا منهما قبل أن ينجز عليها طلاقًا ثم يطلقها وبعد انقضاء العدة تكلم الآخر ، فلا يقع ؛ لأن الأمرين وإن وجدا إلا أنه في حالة وجود الثاني لم تكن المرأة محلًّا له فلا يقع .

(مادة ٢٥٩)

مَا لا يُعْلَمُ وُجُودُهُ إِلا مِنَ الْمَرْأَةِ ، فَلا تُصَدَّقُ إِلا فِي حَقِّ نَفْسِهَا خَاصَّةً . فَإِنْ عَلَّقَ طَلاقَهَا وَطَلاقَ ضَرَّتِهَا عَلَى حَيْضِهَا ، فَقَالَتْ : حِضْتُ . وَلَمْ يُصَدِّقْهَا الزَّوْجُ ، طَلُقَتْ هِيَ بِإِقْرَارِهَا دُونَ ضَرَّتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْحَيْضُ قَدِ انْقَطَعَ عَنْهَا ، فَلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا (١) .

* * *

١٤٠٣ - **والشيء المعلق عليه وقوع الطلاق لا يخلو حاله من أحد أمرين : الأول** : أن تمكن معرفته من غير الزوجين كدخولها دار فلان مثلًا .

١٤٠٤ - **الثاني** : أن لا تمكن معرفته إلا منها كحيضها ومحبتها لشيء مخصوص ، وعلى كل فإما أن يتفق الزوجان على وجوده أو يختلفا ، فإن اتفقا وقع الطلاق المعلق ، وإن اختلفا فإما أن يكون مدعي وجوده هو الزوج أو الزوجة فإن كان الزوج يقع أيضًا ، لأن له إنشاءه وإن كانت الزوجة ، **ففي الأول** : يكون القول للزوج إلا إذا أقامت بينة ، **وفي الثاني** : يكون القول لها في حقها خاصة .

وينبني على ذلك : إنه إذا قال رجل لزوجته : إن دخلت دار فلان أو كلمت فلانًا فأنت طالق ثلاثًا ، وبعد ذلك أخبرت بأنها دخلت داره أو كلمته ، فإن صدقها الزوج ، وقع الطلاق ؛ لأنهما اتفقا على وجود الشيء المعلق عليه وقوعه فيقع . **ومثل هذا** : ما إذا كان المدعي لوجوده هو الزوج ، ولو أنكرت ، فإنه يقع كما هو ظاهر لأن في إمكانه إيقاعه في الحال ، وإن كذبها ، فالقول له والبينة لها ؛ لأن الزوج متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ، فكان الظاهر شاهدًا له والقول قول من يتمسك بالأصل ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه والقول قول المنكر ، فإن أقامت بينة على دعواها قبلت لأنها مدعية ونورت دعواها بالحجة فتقبل لأن كلًا من دخولها الدار وتكليمها لفلان يمكن

(١) **قول الحنفية** : جاء في الهداية (١٢٥/٤ ، ١٢٦) : « (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها ، فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت : قد حضت ، طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسانًا ، والقياس : أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها » .

معرفته من غيرهما .

١٤٠٥ - وإذا قال لها : إن كنت تحبين فلانًا فأنت طالق ، فقالت : أحبه ؛ وقع الطلاق مطلقًا ؛ أي سواء صدقها الزوج أو كذبها ، لأنه بالتصديق اتفقا على وجود ما علق الطلاق على وقوعه ، فيقع وبالتكذيب يقع أيضًا ، لأن هذا شيء لا يعلم إلا من جهتها ، فيكون القول لها في حق نفسها . فتطلق ، وهذا من جهة الاستحسان ، والقياس يأتي الوقوع في هذه الحالة ويجعل القول له كما إذا كان مدلول فعل الشرط تمكن معرفته من غيرها . ووجهه : أن الزوجة تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر ، فيكون القول له ولا تصدق إلا بحجة كغيره من الشروط .

١٤٠٦ - **ووجه الاستحسان** : أن هذا أمر لا يعرف إلا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها أن تخبر كي لا يقعا في الحرام إذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعًا فيجب طريقه وهو الإخبار وتعينت هي له ؛ فيجب قبول قولها ليخرجا عن عهدة الواجب.

١٤٠٧ - وقبول قولها في هذه الحالة لا يسري إلا عليها ، فإذا كان طلاقها وحدها معلقًا على شيء لا يعلم إلا من جهتها وأخبرت ؛ صدقت استحسانًا وإن كذبها الزوج لما تقدم .

أما إذا علق طلاق غيرها معها على الشيء الذي لا يعلم إلا من جهتها ، كما إذا قال رجل لزوجته : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، ثم أخبرت بأنها حاضت فإما أن يصدقها الزوج أو يكذبها ، فإن صدقها وقع الطلاق عليهما لثبوت الحيض بتصديقه وإن كذبها قبل قولها في حق نفسها لما تقدم ولا يقبل بالنسبة للتي معها لأنها متهمة في حق ضرتها ؛ فلا يقبل قولها حتى يعلم أنها حاضت حقيقة ؛ إذ الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره . وقبول قول الشخص في حقه لا في حق غيره. ليس غريبًا ؛ لأن له نظائر كثيرة منها ما إذا أقر أحد الورثة بدين لشخص على المورث ولم تصدقه باقي الورثة فيقتصر على نصيبه . ومنها ما إذا أقر المشتري بالمبيع لشخص يدعي استحقاقه ولم يصدقه البائع فإنه يؤمر بتسليمه إليه ولا يرجع بالثمن على البائع ؛ لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتعدى إلى البائع .

١٤٠٨ - ولا يقبل قولها في حق نفسها إلا إذا أخبرت والحيض قائم ، فإذا قالت : حضت وطهرت ؛ فلا تصدق إذا كذبها الزوج لأنها أخبرت عما هو الشرط حال فواته

فلا تصدق .

١٤٠٩ - وإنما لم نأت في التقسيم بالشيء الذي لا يعلم إلا من جهة الزوج ؛ لأن حكمه في غاية الوضوح ، وهو أن القول قوله وإن كذبته الزوجة ، لأن التعليق في هذه الحالة صوري وفي الحقيقة هو تنجيز فإذا قال رجل لزوجته : إن كنت أحب كذا فأنت على حرام ثم قال : أنا أحبه ؛ بانت منه وإن كذبته لأن محبة هذا الشيء لا تعلم إلا من جهته ، وقد أخبر بها ، والظاهر من إخباره أنها كانت موجودة وقت التعليق ، فيكون مدلول فعل الشرط محققًا لديه ، فكأنه قال لها أنت على حرام خصوصًا وإن التكذيب لا فائدة فيه لأنه يملك إنشاء الطلاق .

١٤١٠ - ولا ينبغي للرجال أن يعلقوا طلاق أزواجهم على شيء لا مساس له بحقوق الزوجية ، كطلوع الشمس ، أو مجيء الغد ، أو محبة العذاب ، أو بغض النعيم ، لأن هذا يعد حمقًا وسفاهة عند العقلاء ، فاللائق بالعاقل أن يعلق طلاق زوجته على شيء بحيث لو أتت به لا يرضاها زوجة له ، كتكليمها لشخص لا ثقة له به ، وخروجها من بيته بغير إذنه ، وذهابها إلى محل فيه شبهة ، وإيذاء أولاده وإسرافها في ماله .

الفصل الرابع
في تفويض الطلاق للمرأة

(مادة ٢٦٠)

لِلزَّوْجِ أَنْ يُفَوِّضَ الطَّلاقَ لِلْمَرْأَةِ وَيُمَلِّكَهَا إِيَّاهُ : إِمَّا بِتَخْيِيرِهَا نَفْسَهَا، أَوْ جَعْلِ أَمْرِهَا بِيَدِهَا ، أَوْ بِتَفْوِيضِهِ لِمَشِيئَتِهَا ، وَلا يَمْلِكُ الزَّوْجُ الرُّجُوعَ عَنِ التَّفْوِيضِ بَعْدَ إِيجَابِهِ قَبْلَ جَوَابِ الْمَرْأَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/١١٣ ، ١١٤) : « جعل الأمر باليد لا يخلو إما أن يكون منجزًا ، وإما أن يكون معلقًا بشرط ، وإما أن يكون مضافا إلى وقت والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقًا وإما أن يكون مؤقتًا ، فإن كان مطلقا بأن قال : أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها ؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها لأنه جعل أمرها في الطلاق بيدها تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف شاءت بمشيئة الإيثار وهذا معنى المالكية ، وهو التصرف عن مشيئة الإيثار . والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج ، وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب ، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس كما في قبول البيع وغيره ، وسواء قصر المجلس أو طال ؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ؛ لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل والتفكر وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأوقات ولا ضابط له إلا المجلس فقدر بالمجلس ولهذا جعله الصحابة ﷺ للمخيرة فيبقى الأمر في يدها ما بقي المجلس فإن قامت عن مجلسها بطل ؛ لأن الزوج يطلب جواب التمليك في المجلس ، والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتمليك دلالة ؛ ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس ؛ لأنه ما ملكها في غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الأمر فائدة فيبطل ، وكذلك إذا وجد منها قول أو فعل يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل أو أمرت وكيلها بشيء أو خاطبت إنسانا ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى أو واقفة فسارت أو امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطئها أو اشتغلت بالنوم ؛ لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب وإن كانت سائرة أو كانا في محمل واحد فإن أجابت على الفور وإلا بطل خيارها ؛ لأن سير الدابة بتسيير الراكب ، وإن كانت سائرة فوقفت الدابة فهي على خيارها وإن كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها ؛ لأن حكمها حكم البيت ؛ وكل ما يبطل به الخيار إذا كانت في البيت يبطل به إذا كانت في السفينة وما لا فلا فإن كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت ؛ لأن القعود يجمع الرأي والقيام يفرقه فكان القعود دليل إرادة التأمل ، والقيام دليل إرادة الإعراض وكذلك إن كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها لما قلنا ، فإن كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان في رواية يبطل خيارها لأن المتكئ يقعد ليجتمع رأيه . فأما القاعد فلا يتكئ لذلك ، وفي رواية أخرى :

= لا يبطل ؛ لأن المتأمل ينتقل من الاتكاء إلى القعود مرة ومن القعود إلى الاتكاء أخرى ، وقد صار الأمر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك ؛ فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في قول زفر .

وعن أبي يوسف روايتان : روى الحسن بن زياد عنه أنه لا يبطل خيارها ، وروى الحسن بن أبي مالك عنه أنه يبطل ، كما قال زفر : وإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت الصلاة أو نفلا أو واجبة ؛ لأن اشتغالها بالصلاة إعراض عن الجواب فإن خيرها وهي في الصلاة فأتمتها فإن كانت في صلاة الفرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة ؛ لأنها مضطرة في الإتمام لكونها ممنوعة من الإفساد فلا يكون الإتمام دليل الإعراض وإن كانت في صلاة التطوع فإن سلمت على رأس الركعتين فهي على خيارها وإن زادت على ركعتين بطل خيارها ؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشروع في الصلاة ابتداء ، ولو أخبرت وهي في الأربع قبل الظهر فأتمت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه المشايخ قال بعضهم : يبطل خيارها كما في التطوع المطلق .

وقال بعضهم : لا يبطل وهو الصحيح ؛ لأنها في معنى الواجب فكانت من أولها إلى آخرها صلاة واحدة ، ولو أخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها ؛ لأنها إن قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الإعراض . وإن لم تقدر على أن تمتنع تقدر على أن تقول قبل الإقامة اخترت نفسي فلما لم تقل فقد أعرضت عن الجواب فإن أكلت طعامًا يسيرًا من غير أن تدعو بطعام أو شربت شرابا قليلًا أو نامت قاعدة أو لبست ثوبًا وهي قائمة أو لبست وهي قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها ؛ لأنها تحتاج إلى إحضار الشهود فتحتاج إلى اللبس لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به ، والأكل اليسير لا يدل على الإعراض وكذا النوم قاعدة من غير أن تشتغل به . وكذا إذا سبحت أو قرأت شيئًا قليلًا لم يبطل خيارها لأن التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يدلان على الإعراض ؛ ولأن الإنسان لا يخلو عن التسبيح القليل والقراءة القليلة ، فلو جعل ذلك مبطلًا للخيار لانسد باب التفويض وإن طال ذلك بطل الخيار ؛ لأن الطويل منه يكون دليل الإعراض ولا يكثر وجوده .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٧٨/٣ ، ٢٧٩) : « التفويض للطلاق جائز بالإجماع واحتجوا له أيضًا : بأنه ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ إلى آخره فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى واستشكل بما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارها الدنيا بل لا بد من إيقاعه بدليل ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ (قوله طلقي نفسك) لزوجته (أو اعتقي نفسك لأمته تمليك) للطلاق والإعتاق لأن ذلك يتعلق بغرضهما (كالهبة) ونحوها فكأنه يقول ملكتكما نفسكما فيملكانها بالطلاق والإعتاق (لا توكيل) بذلك دفع لما قيل إنه توكيل كما في التفويض لأجنبي وفرق الأول بأن لهما فيه غرضا ولهما بالزوج والسيد اتصالا (فإن كان) التفويض (بمال فيملك بعوض) كالبيع كما أنه بلا عوض كالهبة (وشرطه) أي التفويض أي شرط صحته (التكليف) فلا يصح من غير مكلف ولا مع غير مكلفة لفساد العبارة (والتطليق فورا لتضمنه القبول) وهو على الفور لأن التمليك يقتضيه فلو أخرت بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ثم طلقت لم يقع (إلا أن قال) طلقي نفسك (متى شئت) فلا يشترط الفور وإن اقتضى التمليك اشتراطه قال ابن الرفعة لأن الطلاق لما =

= قبل التعليق سومح في تمليكه وما ذكره المصنف كبعض مختصري الروضة من عدم اشتراط الفور في ذلك على القول بأن التفويض تمليك هو ما جزم به صاحب التنبيه ووجهه ابن الرفعة بما ذكر والأصل إنما ذكره تفريعا على القول بأنه توكيل وصوبه في الذخائر وهو الحق والإعتاق كالطلاق فيما ذكر وفيما يأتي وإنما اقتصر عليه لأن المبحث موضوع له . (وللزوج الرجوع) عن التفويض (قبله) أي قبل التطليق (ولا يصح تعليقه) أي التفويض (فقوله إذا جاء الغد أو زيد) مثلا (فطلقي نفسك لغو) كسائر التمليكات في جميع ذلك (وإن قال الأجنبي إذا جاء الغد) مثلا (فأمر امرأتي) أي في الطلاق (بيدك وقصد التقييد بالغد تقيد) الطلاق به فليس له الطلاق قبله ولا بعده (وإلا) بأن لم يقصد ذلك بأن قصد إطلاق الطلاق له بعد وجود الغد أو أطلق (فله الطلاق بعده) متى شاء كما له الطلاق فيه وشمول كلامه لمسألة الإطلاق من زيادته (وإن قال) له (أمرها بيدك إلى شهر) أو شهرا كما صرح به الأصل (فله التطليق) فيه لا بعده (وإن قال) لها (طلقي نفسك فعلقته بقدوم زيد لغا) لأنه لم يملكها التعليق قال في الأصل وكذا الحكم في حق الأجنبي قال الروياني ولو قال لها طلقي نفسك فقالت طلقت نفسي بألف درهم قال القاضي الطبري الذي عندي أنه يقع الطلاق ولا معنى لقولها بألف درهم (وإن قالت) بعد قوله طلقي نفسك (كيف أطلق نفسي ثم طلقت وقع) الطلاق والفصل بذلك لا يؤثر لقصره (ولو وكلها أو وكل آخر في تعليق الطلاق لم يصح) كما مر في الوكالة أيضًا فلا يصح تعليقه وإن كان المعلق به يوجد لا محالة كطلوع الشمس لأنه يجري مجرى الأيمان فلا تدخله النيابة » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٨٧/٥) : « وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها وذلك على وجهين : توكيل وتمليك . ففي التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها ، وفي التمليك ليس له ذلك (إن فوضه لها توكيلًا فله العزل) ابن عرفة : النيابة في الطلاق توكيل ورسالة وتمليك وتخيير . فالتوكيل جعل إنشائه بيد الغير له العزل قبل إيقاع الطلاق اتفاقًا . وتقدم قول ابن شاس في التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها وليس له ذلك في التمليك . قال اللخمي : وكذلك الأجنبي له عزله في التوكيل دون التمليك (إلا لتعليق حق) ابن بشير : وأما التوكيل فله أن يعزلها عنه إذا لم يجعل لها في ذلك حقا ما لم تطلق نفسها (لا تخييرًا أو تمليكًا) ابن رشد : مذهب مالك أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها أو خيرها فليس له أن يرجع عن ذلك (وحيل بينهما حتى تجيب) ابن الحاجب : التمليك مثل ملكتك أمرك وأمرك بيدك وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت أو كلما شئت فتمنع نفسها ولا تترك تحته حتى تجيب . ثم قال : والتخيير مثل اختاريني أو اختاري نفسك وهو كالتمليك إلا أنه الثلاث في المدخول بها (ووقفت وإن قال إلى سنة متى علم فتقضي وإلا أسقطه الحاكم) ابن يونس : إن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها .

قال مالك : وإن قال لها أمرك بيدك إلى سنة فإنها توقف متى علم بذلك ولا تترك تحته وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد . ابن الحاجب : أو يسقطه الحاكم . ومن المدونة أيضًا ، وإن قال لها إذا جاء غد فقد خيرتك وقفت الآن فتقضي أو ترد وإن وطئها قبل غد فلا شيء بيدها (وعمل بجوابها الصريح في الطلاق) ابن الحاجب : جوابها قول صريح ومحتمل ، فالصريح يعمل به في رد التمليك والطلاق (كطلاقه ورده كتمكينها طائعة) تقدم قول ابن الحاجب الصريح يعمل به في رد التمليك . قال في المدونة : وطؤه إياها طوعًا =

= يزيل ما بيدها ، وإن ملك أمرها أجنبيًا فخلى بينه وبينها وأمكنه منها زال ما بيده . ابن عرفة : فمجرد التمكين دون وطء كالوطء (ومضي يوم تخييرها) من المدونة : إن قال اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختر ؛ فلا خيار لها ؛ لقول مالك : إن خيرها فلم تختر حتى افترقا من مجلسهما فلا خيار لها ، فكذا إن مضى الوقت الذي جعل الخيار إليه (وردها بعد بينونتها) أبو عمران : لو طلق المملكة قبل قضائها ثم تزوجها بعد عدتها أو خالعها قبل قضائها ثم تزوجها في العدة ؛ سقط ما بيدها . ابن عرفة : لدلالة رضاها بالعقد عليها .
ثانيًا : على تركه كتمكينها له نفسها . البرزلي : وعلى هذا يتخرج فتيا ابن رشد فيمن خالعت زوجها على نفقة الولد ثم راجعها ، قال : لا تعود عليها النفقة أبدًا ، ولو طلقها بعد ذلك واحدة أو ثلاثة قال : ووقعت مسألة وهي امرأة لها ولد من غير زوجها تأخذ فرضه ، فجعله لها هذا الزوج في المهر إن كان ذلك للولد سقط الفرض ، وإن كان ذلك مكتوبا من حقوقها فإنها تطلب ما فرض لها ، ولها أيضًا أن تسقط ذلك عن الزوج بخلاف إذا كان ذلك للولد (وهل نقل قماشها ونحوه طلاق أو لا تردد) ابن شاس : إن صدر منها ما يدل على زوال سلطانه عنها مثل أن تنقل قماشها ، فذلك طلاق ولا يقبل قولها لم أرده .
ابن رشد : إن لم تجب المملكة بشيء وفعلت ما يشبه الجواب مثل أن تنتقل أو تنقل متاعها سئلت إن قالت لم أرد طلاقًا صدقت ، انظره في رسم كتب (وقبل تفسير قبلت أو قبلت أمري أو ما ملكتني برد أو طلاق) من المدونة : إن قالت قد قبلت أو قبلت أمري أو اخترت أو اخترت أمري سئلت ما أرادت بذلك ؛ فإن قالت : أردت به الطلاق صدقت ، وإن قالت : أردت به طلاقًا دون البتات لم يلزم ، وإن أردت البتات لزم ولا مناكرة له .
وتسأل المرأة في جوابها وجوه تتصرف فيما أرادت به في خيار أو تمليك إلا أنه يناكرها في التمليك خاصة إن ادعى نية ويحلف على ما نوى ، فإن لم تكن له نية حين ملكها فقضت بالثلاث ، لزمه ولا مناكرة له (وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقًا إن زادت على طلقة إن نواها) ابن رشد : ذهب مالك إلى أن التمليك يفترق من التخيير فأخذ في التمليك بقول عبد الله بن عمر إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ما قضت إلا أن ينكر عليها فيقول : لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما دامت في عدتها ، فإذا قال : أمرك بيدك فقد جعل بيدها ما كان بيده من طلاقها . هذا ظاهر اللفظ ، ويحتمل أن يريد به واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا ، فإن كانت له نية في ذلك قبلت منه مع يمينه ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت به من واحدة أو ثلاث .
وذهب في التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثًا في المدخول بها ، فإن اختارت ثلاثًا فهي ثلاث ، وإن اختارت واحدة أو اثنتين فلا يكون شيء ، وإن كانت غير مدخول بها كان حكمها حكم المملكة في المناكرة (وبادر) ابن القاسم : من ملك امرأته فقضت بالبتة فلم يناكره وادعى الجهل وأراد مناكرتها حين علم فليس له ذلك (وحلف ، إن دخل وإلا فعند الارتجاع) قال مالك : من ملك زوجته قبل البناء أو بعده ولا نية له فالقضاء ما قضت وإلا أن تكون له نية حين ملكها في كلامه الذي ملكها فيه فله ذلك ويحلف على ما نوى .
قال أصبغ : والنية التي ينتفع بها في هذا ما نواه في أول كلامه ، وأما ما جرد من النية حين سمعها أو بعد أن ملكها فلا ينتفع بها . ابن المواز : ويحلف مكانه في المدخول بها لأن له الرجعة مكانه ، فإن لم يكن بنى فلا تلزمه الآن يمين لأنها قد بانت منه ، فإذا أراد نكاحها حلف على ما نوى ولا يحلف قبل ذلك إذ لعله لا يتزوجها (ولم يكرر أمرها بيدها إلا أن ينوي التأكيد) نص المدونة : إن قال لها أمرك بيدك أمرك بيدك أمرك =

= بيدك فطلقت نفسها ثلاثا سئل الزوج عما أراد ، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ولا مناكرة له . محمد : وقال مالك : إذا ملكها فقالت له كم ملكتني فقال مرة ومرة ومرة ، فإن قال أردت واحدة حلف وصدق (كنسقها هي) من المدونة : إن ملكها قبل البناء ولا نية له فطلقت نفسها واحدة ثم واحدة فإن نسقتهن لزمته الثلاث إلا أن تنوي هي واحدة كطلاقه إياها إذا كان نسقا قبل البناء . انظر هذا مع ما تقدم عند قوله « وإن كرر الطلاق » (ولم يشترط في العقد) من المدونة : إن شرط لها في عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلا مناكرة له بنى بها أو لم يبن . ابن يونس : ولو قالت اشهدوا متى فعل ذلك زوجي فقد اخترت نفسي فذلك يلزمه قاله مالك : وهو أصوب (وفي حمله على الشرط إن أطلق قولان) ابن سلمون : الشروط محمولة أبدا في النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه . قاله ابن العطار . وقيل : هي محمولة على الشرط . حكاه ابن فتحون قال : وهو الصواب قياسا على البيع (وقبل إرادة واحدة بعد قوله لم أرد طلاقا والأصح خلافه) سمع ابن القاسم : من ملك امرأته فطلقت نفسها ثلاثا فقال لم أرد طلاقا ثم يقول إنما أردت واحدة حلف ولزمته طلقة واحدة . أصبغ : هذا وهم لا تقبل نيته بعد قوله لم أرد شيئا والقضاء ما قضت من البتات . ابن رشد : قول أصبغ وهم غير صحيح بل الرواية بذلك ثابتة والقولان قائمان من المدونة (ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق) من المدونة : من قال لامرأته بعد البناء اختاري نفسك ، فقالت : قد اخترت نفسي فهي ثلاث ، ولا مناكرة للزوج .

وإن قال لها : اختاري في واحدة فقالت قد اخترت نفسي فقال الزوج ما أردت إلا واحدة فإنه يحلف وتلزمه واحدة وله الرجعة (وإن قالت طلقت نفسي سئلت بالمجلس وبعده فإن أرادت الثلاث لزمت في التخيير وناكر في التمليك) ابن رشد : لا تخلو إجابتها من عشرة أوجه ثم قال : أما إذا قالت قد طلقت نفسي ففي ذلك خمسة أقوال ، أحدها أنها تسأل في المجلس وبعده في التخيير والتمليك كم أرادت بذلك ، فإن لم تكن لها نية فهي ثلاث إلا أن يناكرها في التمليك وهو مذهب ابن القاسم في المدونة ونصها : إن قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت نفسي لزم ما نوت إلا أن يناكرها الزوج فيما زادت على الواحدة ، فإن جهلوا سؤالها في المجلس حتى مضى شهران فسألوها فقالت أردت ثلاثا فللزوج مناكرتها فيما زادت على الواحدة (وإن قالت واحدة بطلت بالتخيير) المتيطي : التخيير معناه أن يخير الرجل امرأته في أن تقيم معه أو تختار نفسها ولا يكون في المدخول بها إلا بالبتات . فإذا قال لها خيرتك أو اختاري نفسك فإن صرحت بواحدة أو بلفظ يدل عليها أو فسرت لفظة مشكلة بها فلا يكون شيئا ولا تقع عليها طلاق . هذا هو مذهب مالك وأصحابه إلا عبد الملك (وهل يحمل على الثلاث أو الواحدة عند عدم النية تأويلان) ابن رشد : مذهب ابن القاسم في المدونة في التي تقول قد طلقت نفسي ولا نية لها أنها ثلاث وواحدة على قول ابن القاسم في الواضحة (والظاهر سؤالها إن قالت طلقت نفسي أيضًا) . انظر ما معنى هذا والذي لابن رشد إن قالت قد اخترت الطلاق فالذي أرى على أصولهم أن تسأل في التمليك والتخيير . راجع المقدمات (وفي جواز التخيير قولان) قال أبو عمران : لا يكره للرجل أن يخير زوجته كما يكره التطليق ثلاثا وإنما يكره ذلك للمرأة أن تطلق نفسها ثلاثًا . فقيل له : إنما صار ذلك إليها بسببه ، فقال : ليس من يقصد إلى البدعة كالذي لا يقصد إليها فقيل له ما ذكره . =

= أبو محمد : عن بعض البغداديين أنه يكره التخيير كما يكره التطليق ثلاثا فقال : هذا شيء ذكره بكر القاضي وما في الحديث يرده (وحلف في اختاري واحدة أو في أن تطلقي نفسك طلقة واحدة) من المدونة قلت : فإن قال لها اختاري في أن تطلقي نفسك واحدة أو في أن تقيمي فقالت : قد اخترت نفسي . فقال : سأل مالك عنها فقيل لزوجها احلف بالله ما أردت بقولك اختاري إلا واحدة ويكون أملك بها .

قيل لابن القاسم : فكيف كانت المسألة التي سألوا مالكا عنها ، قال : سألوا مالكًا عن رجل قال لامرأته اختاري واحدة فأخبرهم بما أخبرتك . ابن المواز : إنما استحلفه مالك فيما نوى خوفًا أن يقول إنما قال لها اختاري مرة واحدة فتكون البتة ، فأما أن يبين لها فقال : اختاري في أن تطلقي من الطلاق واحدة فلا يمين عليه . ا هـ . نقل ابن يونس . وقال عياض : ظاهر قول ابن القاسم أن مسألته والمسألة التي سئل عنها مالك سواء وعلى هذا تأولها الشيخ وغيره (لا اختاري طلقة) الكافي وابن شاس : إن قال اختاري طلقة أو طلقتين فليس لها أن تختار زيادة على ما جعل لها .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣١١/٧ - ٣١٣) : « ويصح تعليق : أمرك بيدك ، واختاري نفسك . بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي ، صح مطلقًا ومقيدًا ومعلقًا ؛ نحو أن يقول : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ، شهرا ، أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك . أو اختاري نفسك يوما . أو يقول ذلك لأجنبي . قال أحمد : إذا قال : [إذا] كان سنة ، أو أجل مسمى . فأمرك بيدك . فإذا وجد ذلك . فأمرها بيدها ، وليس لها قبل ذلك أمر . وقال أيضًا : إذا تزوج امرأة ، وقال لأبيها : إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين ، وإلا فأمر ابنتك إليك . فلما مضت السنون لم يأت خبره ، فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب ، فطلاقه جائز ، ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه . ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه ، فصح تعليقه على شرط ، كالتوكيل الصريح ، فإذا صح هذا ، فإن الطلاق إلى من فوض إليه ، على حسب ما جعله إليه ، في الوقت الذي عينه له ، لا قبله ولا بعده ، وللزوج الرجوع في هذا ؛ لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة ؛ لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه . فإن طلق الوكيل والزوج غائب ، كره للمرأة التزوج ؛ لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة . وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة . وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط . فإن غاب الوكيل ، كره للزوج الوطء ، مخافة أن يكون الوكيل طلق ، ومنع منه أحمد أيضًا ؛ لهذه العلة . وحمله القاضي أيضًا على الاستحباب ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين . وقول أحمد : رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل إليه . معناه أنه لا يقبل قوله إنه قد رجع ، إلا ببينة . ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع ، قبل ، وإن لم تكن له بينة . (ولو خيرها ، فاختارت فرقته من وقتها ، وإلا فلا خيار لها) أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ، إن اختارت في وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده .

روي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر ﷺ ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك في إحدى الروايتين عنه : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده ، ما لم يفسخ أو يطأ . واحتج ابن المنذر « بقول رسول الله ﷺ لعائشة لما خيرها : إني ذاكر لك أمرًا ، =

١٤١١ - اعلم أن كل شخص يملك تصرفًا من التصرفات له أن يتولاه بنفسه ، وله أن يقيم غيره مقامه ليفعله ، ولا شك في أن الزوج يملك طلاق زوجته متى كان أهلًا لإيقاع الطلاق ، فحينئذٍ له أن يوقعه بنفسه وله أن ينيب غيره ليوقعه ، وهذا للغير : إما أن يكون غير الزوجة ، وإما أن يكون هو الزوجة المراد إيقاع الطلاق عليها ، فإن كان غيرها ؛ سميت هذه الإنابة توكيلًا ، وإن كانت هي الزوجة ؛ سميت الإنابة تفويضًا ؛ لأن غيرها يكون عاملًا لغيره وهي عاملة لنفسها ، وهذا هو الفرق بين التوكيل والتفويض ، ولهذا لو أمر رجل زوجته بإيقاع الطلاق على نفسها وعلى ضرتها ؛ كان هذا الأمر بالنسبة إليها تفويضًا ، ولضرتها توكيلًا ، وكل من التوكيل والتفويض له أحكام تخصه .

١٤١٢ - فالوكيل له أن يتولى الموكل فيه سواء كان في مجلس التوكيل أو بعده ، ويملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء إذا لم يتعلق بالتوكيل حق الغير ، بخلاف المفوض إليه ؛ فإنه لابد أن يباشر شيء في المجلس ولا يملك المفوض الرجوع عن التفويض قبل الجواب ؛ لأن تفويض تمليك يخص المفوض إليه ، وهذه التمليكات تقتضي الجواب في المجلس ، كما إذا قال شخص لآخر : بعت لك هذا البيت بألف جنيه مثلًا ؛ فلابد من أن تجيب عن هذا الإيجاب في المجلس الذي صدر فيه حتى لو قام أو وجد منه ما يدل في الإعراض لم يصح قبوله .

وينبني على هذا : أن الزوج إذا أمر زوجته بإيقاع الطلاق على نفسها سواء كان بتخييرها نفسها ، أو بجعل أمرها بيدها ، أو بتعليق الطلاق على مشيئتها ؛ فليس له أن يرجع قبل جوابها ، وليس لها أن توقع الطلاق بعد المجلس الذي علمت فيه بهذا التفويض ما لم يكن مؤقتًا بوقت ، أو كان هناك ما يدل على عدم التوقيت بالمجلس كقوله : اختاري نفسك في أي وقت شئت .

= فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك » . وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها ، فأشبه أمرك بيدك .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد ، بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : قضى عمر وعثمان ، في الرجل يخير امرأته ، أن لها الخيار ما لم يتفرقا . وعن عبد الله بن عمر ، قال : ما دامت في مجلسها . ونحوه عن ابن مسعود ، وجابر ، ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة ، فكان إجماعا . ولأنه خيار تمليك ، فكان على الفور ، كخيار القبول . فأما الخبر ؛ فإن النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي ، وخلافنا في المطلق . وأما أمرك بيدك ، فهو توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد ، بخلاف مسألتنا .

(مادة ٢٦١)

إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ : اخْتَارِي نَفْسَكِ ، أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ . نَاوِيًا تَفْوِيضَ الطَّلاقِ إِلَيْهَا ، فَلَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ في مَجْلِسِ عِلْمِهَا مُشَافَهَةً إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، أَوْ إِخْبَارًا إِنْ كَانَتْ غَائِبَةً ، وَلَوْ طَالَ الْمَجْلِسُ مَا طَالَ ، مَا لَمْ تَقُمْ أَوْ تُعْرِضْ .

فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ قَبْلَ صُدُورِ جَوَابِهَا ، أَوْ أَتَتْ قَبْلَهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِعْرَاضِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، مَا لَمْ يَكُنِ التَّفْوِيضُ مُعَلَّقًا بِمَشِيئَتِهَا بِأَدَاةٍ تُفِيدُ عُمُومَ الْوَقْتِ ، أَوْ مُؤَقَّتًا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ .

فَإِنْ كَانَ مُعَلَّقًا بِمَشِيئَتِهَا بِأَدَاةٍ تُفِيدُ الْعُمُومَ ، فَلَهَا اخْتِيَارُ نَفْسِهَا مَتَى شَاءَتْ . وَإِنْ كَانَ مُؤَقَّتًا ، فَلاَ يَبْطُلُ خِيَارُهَا إِلَّا بِمُضِيِّ الْوَقْتِ ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً وَلَمْ تَعْلَمْ بِالتَّفْوِيضِ إِلَّا بَعْدَ فَوَاتِ الْوَقْتِ الْمُعَيَّنِ ، فَلاَ خِيَارَ لَهَا (1) .

* * *

١٤١٣ - **وتفويض الطلاق للمرأة يكون بأحد أمور ثلاثة :**

الأول : التخيير بأن يقول لها اختاري نفسك .

الثاني : الأمر باليد بأن يقول لها أمرك بيدك .

الثالث : تعليق صريح الطلاق على مشيئتها بأن يقول لها . طلقي نفسك أن شئت .

١٤١٤ - فالأول والثاني من كنايات الطلاق ، والثالث من صريحه . فمتى قال الرجل لزوجته : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ، ناويًا تفويض الطلاق إليها ؛ فقد ملكها إياه ، فهي حينئذ مخيره بين عدم إيقاع الطلاق الذي فوضه إليها ، وبين إيقاعه ، ولا يشترط دائمًا أن يكون الإيقاع في مجلس التفويض ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف صيغته وحضور الزوجة وغيبتها .

١٤١٥ - **وبيانه** : أن الزوجة إما أن تكون موجودة في مجلس التفويض أو غير موجودة ، وعلى كل فإما أن يكون التفويض مطلقًا أو مؤقتًا بوقت معين ، أو فيه ما يدل على التعميم ، **فالصور ستة وكل منها له حكم يخصه** :

١٤١٦ - **فالأولى** : وهي أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وكان مطلقًا بأن قال لها : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ؛ ناويًا الطلاق ، فليس لها أن توقعه إلا في هذا

---

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

المجلس ولو طال زمنه ، فإن قامت منه بطل خيارها ، وليس قيامها هو الوحيد في إبطال خيارها ، بل لو وجد منها ما يدل على الإعراض ولو كان في المجلس بطل خيارها أيضًا.

١٤١٧ - **والثانية** : أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وهو مؤقت بوقت معين ، كما إذا قال لها : اختاري نفسك في ظرف عشرة أيام مثلًا ، فلا يتقيد بالمجلس ، بل لها أن تختار نفسها ما دام الزمن الذي عينه لم ينقض ، فإن انتهى بطل خيارها ؛ لأنه ملكها شيئًا في زمن مخصوص فلا يثبت لها في غيره .

١٤١٨ - **والثالثة** : أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وفيه ما يدل على التعميم ، كما إذا قال لها : أمرك بيدك متى شئت ، فلا يتقيد بالمجلس أيضًا ؛ بل لها أن تختار نفسها في أي وقت شاءت كما يقتضيه التفويض .

١٤١٩ - **والرابعة** : أن تكون غائبة والتفويض مطلق ، كما إذا قال : جعلت أمر زوجتي فلانة بيدها ناويًا تفويض الطلاق إليها ، فلا يتقيد بهذا المجلس بل بالمجلس الذي علمت فيه ولو طال زمن عدم العلم .

١٤٢٠ - **والخامسة** : أن تكون غائبة والتفويض مؤقت بوقت معين ، فإن بلغها قبل مضي الوقت فلها أن توقع الطلاق ما دام الوقت باقيًا وإن بلغها بعد مضيه بطل خيارها لأنه فوضه إليها في وقت مخصوص فلا يثبت في غيره .

١٤٢١ - **والسادسة** : أن تكون غائبة وفيه ما يدل على التعميم كما إذا قال : جعلت أمر زوجتي بيدها متى شاءت فلا يتقيد بمجلس علمها بل لها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت كما هو مقتضى التفويض .

(مادة ٢٦٢)

إِذَا قَالَتِ الْمُفَوَّضُ إِلَيْهَا الاخْتِيَارُ أَوِ الَّتِي جُعِلَ أَمْرُهَا بِيَدِهَا فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا : اخْتَرْتُ نَفْسِي ، أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ سَوَاءٌ نَوَى الزَّوْجُ بِذَلِكَ وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ . وَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ ، وَلَا تَصِحُّ فِي التَّخْيِيرِ (١) .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢١٩ ، ٢٢٠) : « (ولو قال لها : اختاري ينوي به الطلاق فاختارت في مجلسها بانت بواحدة) ؛ لأن المخيرة لها مجلس العلم بإجماع الصحابة ﷺ أجمعين ، ولأنه =

= تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي الخيار في المجلس كما في سائر التمليكات ، فإن قيل : كيف يعتبر تمليكًا مع بقاء ملكه ، والشيء يستحيل أن يملكه شخصان كل واحد منهما كله ؟ قلنا : هذا تمليك الإيقاع لا تمليك العين فلا يستحيل وإنما ذلك في العين ، ولا بد من النية فيه ؛ لأنه من الكنايات على ما تقدم ، وهذا لأنه يحتمل أنه خيرها في النفقة أو الكسوة أو الدار للسكنى ويحتمل أنه خيرها في نفسها فلا يتعين إلا بالنية والواقع به بائن ؛ لأن اختيارها نفسها به يتحقق لثبوت اختصاصها بنفسها في البائن دون الرجعي قال ﷺ : (ولم تصح نية الثلاث) ؛ لأن الاختيار ينبئ عن الخلوص وهو غير متنوع بخلاف البينونة ؛ لأنه متنوع إلى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صح وبخلاف الأمر باليد ؛ لأنه ينبئ عن التمليك وضعًا بصيغة العموم كقوله تعالى : ﴿ وَٱلْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِّلَّهِ ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ قُلْ إِنَّ ٱلْأَمْرَ كُلَّهُۥ لِلَّهِ ﴾ وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز . وأما قوله : اختاري فليس بتمليك وضعًا وإنما جعل تمليكًا على خلاف القياس لإجماع الصحابة لكونه لا ينبئ عن الإيقاع ولا عن التفويض والإجماع منعقد على الواحدة وبقي ما وراءه على الأصل » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي (٣٣١/٣) : « (ولو قال : أبيني نفسك فقالت : أبنت ، ونويا) عند قولهما الطلاق (وقع) ، كما يقع بالصريح (وإلا) أي وإن لم ينويا أو أحدهما (فلا) يقع ؛ لأنه إن لم ينو لم يفوض الطلاق ، وإذا لم تنو هي ما امتثلت (ولو قال : طلقي) نفسك ، (فقالت : أبنت ونوت ، أو أبيني) نفسك ، (ونوى فقالت : طلقت ، وقع) الطلاق ، ولا يضر اختلاف لفظهما . (ولو قال : طلقي) نفسك ، (ونوى ثلاثًا فقالت : طلقت ونوتهن) بأن علمت نيته (فثلاث) لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوياه ، (وإلا) أي وإن لم تنو هي عددًا (فواحدة في الأصح) وقيل : ثلاث حملًا على منويه ، (ولو قال :) طلقي نفسك (ثلاثًا فوحدت أو عكسه) أي قال : طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثًا (فواحدة) لأنها الموقع في الأولى ، والمأذون فيه في الثانية » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٤٥/٢ ، ٤٦) : « (وله) أي الزوج الذي فوض لزوجته أمرها (أن يناكر المملكة خاصة) إن أوقعت طلقتين أو ثلاثًا . (فيما فوق الواحدة) سواء كانت مدخولًا بها أو لا ، ومثل المملكة المخيرة غير المدخول بها ، قال خليل : وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقًا ، وإنما يناكر الزوج كلًّا منهما بشروط ذكر المصنف منها واحدًا بقوله : فيما فوق الواحدة المشار إليه بقول خليل : إن زاد على طلقة ، وأن يكون نوى الواحدة عند التخيير أو التمليك لا إن نوى أكثر أو أطلق ، وأن يبادر بالمناكرة عند سماع الزائدة ، لا إن تأخر بعد السماع فلا مناكرة له وإن كان جاهلًا ، وأن يحلف أنه لم يرد الزائد ، وتكون يمينه عند المناكرة في المدخول بها ليرتجعها ، وعند إرادة العقد على غيرها ، وأن لا يكون كرر قوله : أمرك بيدك مثلًا مع عدم قصد التأكيد ، وأن لا يكون التخيير أو التمليك مشترطًا للزوجة في صلب العقد ، وإلا فلا مناكرة له ، وأشار إلى مفهوم الشرط الأول بقوله : (وليس لها) أي المخيرة المدخول بها (في التخيير) المطلق العاري عن التقييد بعدد . (أن تقضي إلا بالثلاث) قال خليل : وبطل في المطلق إن قضت بدون الثلاث ، والمعنى : أنه يبطل ما بيدها وتبقى في عصمة زوجها بعد ، ولها عما جعله الشارع لها من إيقاع الثلاث ، وقيدنا التخيير بالمطلق للاحتراز عن المقيد بعدد فلا توقع أكثر منه ، فإن أوقعت أقل من العدد الذي سماه فإنما =

١٤٢٢ - والتفويض لا يوجب على المرأة أن توقع الطلاق بل تخير بين إيقاعه وعدمه ولذا لو قالت : اخترت زوجي لم يقع . ولو قالت : اخترت نفسي ، أو طلقت نفسي

= يبطل ما قضت به وتستمر على تخييرها . قال خليل : وبطل إن قضت بواحدة في اختيار تطليقتين أو في تطليقتين ومن تطليقتين ، فلا تقضي إلا بواحدة ؛ لأن من للتبعيض وإن أوقعت أكثر لزمه واحدة ، ولما قدم أن محل مناكرة المخيرة حيث كانت غير مدخول بها ذكر المدخول بها بقوله : (ثم المخيرة) تخييرًا مطلقًا بعد الدخول (لا نكرة له فيها) عند إيقاعها الثلاث لبطلان ما بيدها إن قضت بأقل منها كما تقدم .

قال خليل : ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق ، والفرق بين المملكة يناكرها ولو مدخولًا بها ، والمخيرة لا يناكرها بعد الدخول بها دلالة اختاري نفسك على قطع العصمة ، ولا تنقطع بعد الدخول إلا بالثلاث بخلاف ملكتك أمرك . (تتمات) الأولى : لم يعلم من كلام المصنف حكم التخيير ، وفيه خلاف بالإباحة وعدمها ، وأما التمليك فمباح اتفاقا ، إلا إن قيد بالثلاث فينبغي جريان الخلاف فيه ، وأما التوكيل فاستظهر بعض الشيوخ كراهته إن قيد بالثلاث وسكت عن حكمه عند عدم التقييد ، ولعل حكمه الجواز كجواز التوكيل على البيع والشراء ، وربما يفهم خفة أمره عن التخيير والتمليك بجواز عزلها فيه دون التخيير والتمليك .

قال خليل : إن فوض لها توكيلًا فله العزل إلا لتعلق حق لا تخييرًا أو تمليكًا . الثانية : لم ينص المصنف على اشتراط بلوغ الزوج في التخيير والتمليك لعلمه مما سبق من عدم صحة طلاق الصبي ، بخلاف الزوجة فإنه يصح تخييرها وتمليكها ، ويصح ما قضت به حيث كانت مميزة مطلقًا ، وقيل : إن أطاقت الوطء ، ومثل المرأة في عدم اشتراط البلوغ الأجنبي ، يجوز للزوج أن يفوض له أمر الزوجة تخييرًا أو تمليكًا أو توكيلًا ، ولو كان الصبي ذميًا أو عبدًا أو امرأة ، ولكن لا يفعل إلا ما فيه المصلحة ، ويصير بمنزلتها في سائر ما تقدم من مناكرة وعدمها ، لكن يشترط حضورها ، وقرب غيبته كاليومين لا أكثر فيصير لها ما جعله للبعيد . قال خليل : وله التفويض لغيرها ، وله النظر وصار كهي إن حضر أو كان غائبًا غيبة كيومين لا أكثر فينتقل لها النظر ، إلا أن تمكن من نفسها فيسقط ما كان بيدها ، أو ما كان بيد الغير إذا علم بتمكينها ورضي بذلك ، وكذا يسقط حق المجعول له أمرها إذا كان حاضرًا أو غاب ولم يشهد أنه باق على حقه ، فإن أشهد ففي بقائه بيده أو ينتقل للزوجة قولان .

الثالثة : لو ملك أمر امرأته لرجلين وأمرهما بطلاقها ، فإن قال لهما : طلقاها إن شئتما فليس لواحد الاستقلال بطلاقها إلا أن يجعل له ذلك كالوكيلين على البيع والشراء ، وأما لو قال لهما : طلقاها ولم يقل إن شئتما لكان لكل الاستقلال بطلاقها ، وأما لو فوض لهما في إعلامها بطلاقها فإنه يكفي أحدهما في إخبارها وتعتمد على إخباره وتعتد لأن الطلاق وقع منه بمجرد قوله لهما : أعلماها بأني طلقتها أو بطلاقها . هذا تحقيق هذه المسألة كما يشهد له كلام ابن عرفة وبحث الأجهوري » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٣٩٢/٥) : « وإن قال : أمرك بيدك ، فكناية ظاهرة تملك ثلاثًا . ولو نوى واحدة ، أفتى به أحمد غير مرة ، وعنه : واحدة ما لم ينو أكثر ، قطع به أبو الفرج ، والتبصرة ، كقوله : اختاري ، وعنه فيه : غير مكرر ثلاثًا ، وكقوله : وطلقي نفسك ، وعنه فيه : ثلاث بنيتهما لها ، كقوله في الأصح : طلقي نفسك ثلاثًا فتطلق بنيتها ، وقيل : أو لا ونصه : ومتراخيًا ، ونصه أن اختاري مختصة بالمجلس ما لم يشتغلا بقاطع. وعنه : على الفور ، وخرج فيهما العكس » .

في الزمن الذي تملك ذلك فيه كما عرفته في شرح المادة السابقة وكان التفويض بالتخيير أو الأمر باليد ، فإما أن ينوي الزوج طلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا ، فإن نوى واحدة أو اثنتين ؛ فلا تقع إلا واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثًا ؛ فإن كان التفويض بلفظ الأمر باليد ؛ وقع ما نوى ، وإن كان بلفظ التخيير ؛ فلا يقع إلا واحدة بائنة ، فإن صرح بالثلاث في التخيير وطلقت ؛ وقع الثلاث . وإنما كانت الطلقة الواقعة بائنة ؛ لأن التخيير ينبئ عن الخلاص من ذلك الملك ، وهو لا يكون إلا بالبينونة إذ لو كان الواقع رجعيًا لما حصلت فائدة التخيير ؛ لأن له أن يراجعها شاءت أو أبت .

١٤٢٣ - وإنما لم تصح نية الثلاث في قوله اختاري وصحت في الأمر باليد ؛ لأن الاختيار ينبئ عن الخلاص وهو غير متنوع بخلاف ما إذا قال لها : أنت بائنة ونوى ثلاثًا فإنها تقع ؛ لأن البينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فأيهما نوى فإن نيته وبخلاف الأمر باليد ؛ لأنه ينبئ عن التمليك وضعًا بصيغة العموم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِّلَّهِ ﴾ (١) وقوله : ﴿ قُلْ إِنَّ ٱلْأَمْرَ كُلَّهُۥ لِلَّهِ ﴾ (٢) وهو مصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فإذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز .

كذا قالت الحنفية ، وغيرهم يقول : يقع سواء كانت واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا بأي لفظ كان كما تقدم لك نظيره شرح مادة (٢٢٨) ومذهب غير الحنفية هو الظاهر .

(مادة ٢٦٣)

إِذَا فَوَّضَ الطَّلاقَ لِمَشِيئَةِ الْمَرْأَةِ وَقَالَ لَهَا بِصَرِيحِ لَفْظِهِ : طَلِّقِي نَفْسَكِ . فَطَلَّقَتْ فِي الْمَجْلِسِ ، تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ (٣) .

* * *

(١) الانفطار : ١٩ . (٢) آل عمران : ١٥٤ .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٠٧/١) : « ولو قال : أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ؛ لم تطلق حتى تشاء ، وإن قامت عن مجلسها فلا مشيئة لها ، وإن قال لها : أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة قبل المشيئة ، فإن قالت : شئت واحدة بائنة أو ثلاثًا ، وقال الزوج : نويت ذلك ؛ فهو كما قال ، أما إذا أرادت ثلاثًا والزوج واحدة بائنة أو على القلب فيقع واحدة رجعية وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريًا على موجب التخيير كذا في الهداية وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وعندهما لا يقع شيء ما لم تشأ ، فإن شاءت أوقعت واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثًا بشرط مطابقة إرادته ، وما قاله أولى ، وثمرة الخلاف تظهر في موضعين : فيما إذا قامت عن المجلس قبل المشيئة ، وفيما إذا كان ذلك =

١٤٢٤ - فقد علمت أن التفويض يكون بالتخيير ، وبالأمر باليد ، وبصريح لفظ طلاق معلقًا على مشيئة المرأة ، وإن الأول والثاني كناية فلابد من النية أو الحال ، وأما الثالث ؛ فإنه صريح ؛ فإذا قال رجل لزوجته : طلقي نفسك ، فطلقت في الوقت الذي تملك فيه ذلك كما علمته في شرح مادة (٢٦١) وقع الطلاق بائنًا سواء نوى أو لم ينوِ ؛ لأن الصريح لا يحتاج فيه إلى النية .

= قبل الدخول فإنه تقع عنده طلقة رجعية وعندهما لا يقع شيء والرد كالقيام هكذا في التبيين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٥٥/٧ ، ٣٥٦) : « فإن قال : أنت طالق إن شئت . أو : إذا شئت . أو : متى شئت . أو : كلما شئت . أو : كيف شئت . أو : حيث شئت . أو : أنى شئت ؛ لم تطلق حتى تشاء ، وتنطق بالمشيئة بلسانها ، فتقول : قد شئت ؛ لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان ، فتعلق الحكم بما ينطق به ، دون ما في القلب ، فلو شاءت بقلبها دون نطقها ، لم يقع طلاق ، ولو قالت : قد شئت . بلسانها وهي كارهة ، لوقع الطلاق ، اعتبارًا بالنطق . وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها . ومتى وجدت المشيئة باللسان ، وقع الطلاق ، سواء كان على الفور أو التراخي . نص عليه أحمد ، في تعليق الطلاق بمشيئة فلان ، وفيما إذا قال : أنت طالق حيث شئت ، أو : أنى شئت ، ونحو هذا ، قال الزهري ، وقتادة . وقال أبو حنيفة دون صاحبيه : إذا قال : **أنت طالق كيف شئت** . تطلق في الحال طلقة رجعية ؛ لأن هذا ليس بشرط ، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها . ولنا ، **أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها** ، فأشبه ما لو قال : حيث شئت . وقال الشافعي في جميع الحروف : **إن شاءت في الحال** ، وإلا فلا تطلق ؛ لأن هذا تمليك للطلاق ، فكان على الفور ، كقوله : اختاري .

وقال أصحاب الرأي في « إن » كقوله ، وفي سائر الحروف كقولنا ؛ لأن هذه الحروف صريحة في التراخي ، فحملت على مقتضاها ، بخلاف « إن » ، فإنها لا تقتضي زمانًا وإنما هي لمجرد الشرط فتقيد ، بالفور بقضية التمليك . وقال الحسن ، وعطاء : إذا قال : أنت طالق إن شئت . إنما ذلك لها ما داما في مجلسهما .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط ، فكان على التراخي كسائر التعليق ، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة ، فكان على التراخي كالعتق ، وفارق : اختاري . فإنه ليس بشرط ، إنما هو تخيير ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق ؛ لأن شرط الطلاق لم يوجد . وحكي عن أبي بكر ، أنه يقع . وليس بصحيح ؛ لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه ، كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن شاء . وهو مجنون ، لم يقع طلاقه ؛ لأنه لا حكم لكلامه . وإن شاء وهو سكران ؛ فالصحيح أنه لا يقع ؛ لأنه زائل العقل ، فهو كالمجنون . وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين في طلاقه ، والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه ، كي لا تكون المعصية سببًا للتخفيف عنه ، وهاهنا إنما يقع الطلاق بغيره ، فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وإن شاء وهو طفل لم يقع ؛ لأنه كالمجنون . وإن كان يعقل الطلاق وقع ؛ لأن له مشيئة ولذلك صح اختياره لأحد أبويه . وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق ؛ لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ، ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقًا حال التعليق فخرس ففيه وجهان ؛ أحدهما : يقع الطلاق بها ؛ لأن طلاقه في نفسه يقع بها ، فكذلك طلاق من علقه بمشيئة . والثاني : لا يقع بها ؛ لأنه حال التعليق ، كان لا يقع إلا بالنطق ، فلم يقع بغيره ، كما لو قال في التعليق : إن نطق فلان بمشيئته فهي طالق » .

(مادة ٢٦٤)

المُخَالَفَةُ في أَصْلِ العَدَدِ تُبْطِلُ الجَوَابَ لَوْ خَالَفَتْ بِأَكْثَرَ لا بِأَقَلَّ . فَإِذَا فَوَّضَ الزَّوْجُ لِلْمَرْأَةِ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلاثًا ، فَلا يَقَعُ شَيْءٌ . وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ . فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً ، وَقَعَتِ الْوَاحِدَةُ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٠٢/١) : « إن قال لها : طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة فهي واحدة ، ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثًا لا يقع في قول أبي حنيفة ﷺ وقالا : عندهما يقع كذا في الهداية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٦٧/٤) : « (ولو قال) : طلقي نفسك (ثلاثًا فوحدت) أي قالت : طلقت نفسي واحدًا (أو عكسه) كقوله طلقي نفسك واحدة فثلثت أي قالت : طلقت نفسي ثلاثًا (فواحدة) تقع في الصورتين ، أما في الأولى فلأن ما أوقعته داخل في المفوض إليها ، وأما في الثانية فلأن المفوض إليها واحدة ، والزائد غير مأذون فيه فيقع ما تملكه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٨٧/٥) : « إن قال لها : أمرك بيدك أمرك بيدك أمرك بيدك ، فطلقت نفسها ثلاثًا سئل الزوج عما أراد ، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ولا مناكرة له . وقال مالك : إذا ملكها ، فقالت له كم ملكتني ، فقال : مرة ومرة ومرة ، فإن قال : أردت واحدة حلف وصدق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٩/٧ ، ٣١٠) : « (وإن طلقت نفسها ثلاثًا ، وقال : لم أجعل إليها إلا واحدة . لم يلتفت إلى قوله ، والقضاء ما قضت) وممن قال : القضاء ما قضت عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس . وروي ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهري . وعن عمر ، وابن مسعود : أنها تطليقة واحدة . وبه قال عطاء ومجاهد ، والقاسم ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي . وقال الشافعي : إن نوى ثلاثًا ، فلها أن تطلق ثلاثًا ، وإن نوى غير ذلك ، لم تطلق ثلاثة ، والقول قوله في نيته . قال القاضي : ونقل عبد الله عن أحمد ، ما يدل على أنه إذا نوى واحدة ، فهي واحدة ؛ لأنه نوع تخيير ، فيرجع إلى نيته فيه ، كقوله : اختاري .

ولنا ، أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها ؛ لأنه اسم جنس مضاف ، فيتناول الطلقات الثلاث ، كما لو قال : طلقي نفسك ما شئت . ولا يقبل قوله : أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ، ولا يدن في هذا ؛ لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثًا » .

وجاء فيه أيضًا (٣١٥/٧ ، ٣١٦) : « فإن قال لزوجته : طلقي نفسك . ونوى عددًا ، فهو على ما نوى . وإن أطلق من غير نية ، لم يملك إلا واحدة ؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم . وكذلك الحكم لو وكل أجنبيًا ، فقال : طلق زوجتي . فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : طلقي نفسك . ونوى ثلاثًا فطلقت نفسها ثلاثًا ، فهي ثلاث ، وإن كان نوى واحدة ، فهي واحدة ؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثًا ، =

١٤٢٥ - وعندما يفوض الزوج الطلاق لزوجته بصريح لفظ الطلاق ، لا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن يكون التفويض مرسلًا أي غير مقيد بصريح كقوله : طلقي نفسك واحدة .

الثاني : أن يكون مقيدًا بها ؛ كطلقي نفسك ثنتين إن شئت . وعلى كل فإما أن توقع الزوجة ما فوضه إليها ، أو تخالف ، فإن خالفت ؛ فإما أن تكون المخالفة في العدد ، أو في الوصف ، فإن كانت في العدد ؛ فإما أن تكون بأقل أو بأكثر ، وكل صورة من هذه الصور لها حكم يخصها .

١٤٢٦ - فإن كان التفويض مرسلًا بأن قال لها : طلقي نفسك واحدة أو طلقي نفسك ثنتين أو ثلاثًا ، فإن وافقت بأن أوقعت واحدة في الأول وثنتين في الثاني وثلاثًا في الثالث ؛ وقع ما أوقعته لاتفاقهما عليه.

١٤٢٧ - وإن خالفت في العدد وكانت المخالفة بأقل ، كما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة أو ثنتين ؛ وقع ما أوقعته اتفاقًا ؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ؛ لأن من ملك شيئًا ملك كل جزء من أجزائه .

= فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينو تناول اليقين ، وهو الواحدة . فإن طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل في المجلس ، أو بعده ، وقع الطلاق ؛ لأنه توكيل . وقال القاضي : إذا قال لها : طلقي نفسك ، تقيد بالمجلس ؛ لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : اختاري .

ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي ، كتوكيل الأجنبي ، وكقوله : أمرك بيدك . وفارق : اختاري . فإنه تخيير . وما ذكره ينتقض بقوله : أمرك بيدك . ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح ، وبالكناية مع النية . وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس لها أن توقعه بالكناية ؛ لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها . ولنا : أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكره غير صحيح ؛ فإن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته ، كما لو قال لوكيله : بع داري . جاز له بيعها بلفظ التمليك . وإن قال لها : طلقي ثلاثًا فطلقت واحدة وقع . نص عليه . وقال مالك : لا يقع شيء ؛ لأنها لم تمتثل أمره . ولنا أنها ملكت إيقاع ثلاث ، فملكت إيقاع واحدة ، كالموكل ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة . فقالت : قبلت واحدًا منهم صح كذا هاهنا . وإن قال : طلقي واحدة فطلقت ثلاثًا وقعت واحدة نص عليه أيضًا وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء ؛ لأنها لم تأت بما يصلح قبولًا فلم يصح كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد . فقال : قبلت البيعة في جميعه . ولنا أنها وقعت طلاقًا مأذونًا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال : طلقي نفسك . فطلقت نفسها وضرائرها . فإن قال : طلقي نفسك . فقالت : أنا طالق إن قدم زيد . لم يصح ؛ لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط . وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق كحكمها فيما ما ذكرناه كله » .

١٤٢٨ - وإن كانت المخالفة بأكثر بأن قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثًا فقال الإمام : لا يقع شيء ، وقال الصاحبان : تقع الواحدة التي فوضها الزوج لها ، واستدلا بأنها أتت بما تملكه وزيادة فيقع ما تملكه وتلغو الزيادة وهذا نظير ما إذا طلقها الزوج ألفًا فإنه يقع ثلاث ؛ لأنه أتى بما يملك وبما لا يملك فيقع ما يملك ويلغو الزائد .

واستدل أبو حنيفة بأنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة لا ممتثلة لأمره وسببه أن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة ؛ لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج ؛ لأنه يتصرف بحكم الملك وهي مثله في المسألة الأولى ؛ لأنها ملكت الثلاث أما في هذه المسألة فلم تملك الثلاث ولا الثنتين ، فلم تأت بما فوض إليها فيلغو الكل والظاهر من الدليلين مذهب الصاحبين .

(مادة ٢٦٥)

المُخَالَفَةُ في الوَصْفِ لا تُبْطِلُ الجَوَابَ ، بَلْ يَبْطُلُ الوَصْفُ الَّذِي بِهِ المُخَالَفَةُ ، وَيَقَعُ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي فَوَّضَ بِهِ الزَّوْجُ . فَلَوْ أَمَرَهَا بِبَائِنٍ فَخَالَفَتْ ، أَوْ بِرَجْعِيٍّ فَعَكَسَتِ الجَوَابَ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الطَّلاقُ مُعَلَّقًا بِمَشِيئَتِهَا . فَإِنْ كَانَ مُعَلَّقًا، وَخَالَفَتْ في الوَصْفِ ، بَطَلَ الجَوَابُ رَأْسًا ، وَكَذَا لَوْ خَالَفَتْ فِي العَدَدِ وَلَوْ بِأَقَلَّ (١)

* * *

١٤٢٩ - وإن خالفت في الوصف وكان التفويض مرسلًا أيضًا بأن أمرها ببائن فأوقعت رجعيًا أو بالعكس وقع ما أمر به الزوج اتفاقًا ، ويلغو ما وصفت به ، لكونها مخالفة فيه . وسبب هذا أن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف ، فصارت كأنها اقتصرت على أقل مما فوضت فيه ، فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنًا أو رجعيًا .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٢٥/٣ ، ١٢٦) : « ولو قال لها : طلقي نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها بائنًا ، أو قال لها : طلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أتت به ؛ لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج لها ؛ فتملك ما ملكها الزوج وما أتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الأصل ؛ لأن كل واحد منهما من ألفاظ الطلاق ، وإنما خالفه من حيث الوصف فإذا وقع الأصل استتبع الوصف ، المملك فيقع ما فوض إليها » .

١٤٣٠ - وإن كان التفويض مقيدًا بصريح المشيئة بأن قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت أو ثنتين أو ثلاثًا أن شئت ، فإن وافقت فالأمر ظاهر ، وإن خالفت في عدد ، فإن كانت المخالفة بأقل كما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت فطلقت واحدة أو ثنتين ، فلا يقع شيء اتفاقًا ؛ لأن معناه إن شئت الثلاث فصارت مشيئة الثلاث شرطًا لوقوعه وهي بإيقاع الواحدة أو الثنتين لم تشأ الثلاث فلم يوجد الشرط فلا يقع شيء .

وإن كانت المخالفة بأكثر كما إذا قال لها : طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثًا فقال الإمام : لا يقع شيء ؛ لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة ، وقال الصاحبان : تقع واحدة ؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط فتقع . والظاهر مذهب الإمام .

١٤٣١ - وإن خالفت في الوصف في هذه الحالة بأن قال لها : طلقى نفسك بائنًا إن شئت أو طلقى نفسك رجعيًا أن شئت ، فطلقت رجعيًا في الأول وبائنًا في الثانى ، فلا يقع شيء اتفاقًا ؛ لأن معناه إن شئت البائن أو الرجعي فأوقعيه ؛ فإذا شاءت غيره فقد أتت بغير المفوض لها ؛ فلا يقع شيء .

الفصل الخامس
في طلاق المريض

(مادة ٢٦٦)

الْمَرَضُ الَّذِي يَصِيرُ بِهِ الرَّجُلُ فَارًّا بِالطَّلَاقِ مِنْ تَوْرِيثِ زَوْجَتِهِ وَلا تنفذ تَبرعَاتُه إِلَّا مِنَ الثُّلُثِ ؛ هُوَ الَّذِي يَغْلِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الْهَلَاكُ وَيُعْجِزُهُ عَنِ الْقِيَامِ بِمَصَالِحِهِ خَارِجَ الْبَيْتِ بَعْدَ أَنْ كَانَ قَادِرًا عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ أَقْعَدَهُ فِي الْفِرَاشِ أَوْ لَمْ يُقْعِدْهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٤/٤٦ ، ٤٧) : « لما كان المرض من العوارض أخره ، ومعناه ضروري فتعريفه تعريف بالأخفى ، والمراد به هنا من عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه ، فأما من يذهب ويجيء ويحم فلا ، وهو الصحيح وهذا في حقه ، أما في حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت ، كذا في البزازية ، وزاد في فتح القدير : أن لا تقدر على الصعود إلى السطح ، وفي صلاة المريض الذي يباح له ترك القيام أن يكون بحيث يلحقه بالقيام ضرر على الأصح كما في الجوهرة ، وليس الحكم هنا مقصورًا على المريض بل المراد من يخاف عليه الهلاك غالبًا ، وإن كان صحيحًا كما سيأتي ، وقد علم من كلامهما أنه لا يجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله إلا إذا رضيت به (قوله : طلقها رجعيًا أو بائنًا في مرض موته ، ومات في عدتها ورثت وبعدها لا) لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمن انقضاء العدة دفعًا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء ؛ لأنه لا مكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فيبطل في حقه خصوصًا إذا رضي به . وفي الظهيرية : وإن كانت المطلقة في المرض مستحاضة ، وكان حيضها مختلفًا ففي الميراث يؤخذ بالأقل ؛ لأن المال لا يستوجب بالشك . اهـ . أطلق الرجعي ليفيد أنها ترث ، وإن طلق في الصحة ما دامت في العدة لبقاء الزوجية بينهما حقيقة حتى حل الوطء ، وورثها إذا ماتت فيها . ولا يشترط أهليتها للإرث وقت الطلاق بل وقت موته حتى لو كانت في الرجعي مملوكة أو كتابية ثم أعتقت أو أسلمت في العدة ورثته ، وأطلق البائن فشمل الواحدة والثلاث ، وترك المصنف قيد الطواعية ، ولا بد منه لأنه لو أكره على طلاقها البائن لا ترث كما لو أكرهت على سؤالها الطلاق فإنها ترث كما في القنية ، وذكر في جامع الفصولين خلافًا فيه ، وقيد بأن يكون في مرضه احترازًا عما إذا طلق في الصحة ثم مرض ، ومات ، وهي في العدة لا ترث منه ، ولو قال صحيح لامرأتيه : إحداكما طالق ثم بين في مرضه في إحداهما صار فارًّا بالبيان ، وترث لأنه كالإنشاء في حق الإرث للتهمة ، وتمامه في الكافي ، وأراد به المرض الذي اتصل به الموت ؛ لأن حقها لا يتعلق بماله إلا به فلو طلقها في مرضه ثم صح ثم مات ، وهي في العدة لا ترث منه كما سيأتي ، ولو طلقها في مرضه ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يبرأ فلها الميراث ؛ لأنه قد اتصل =

= الموت بمرضه كذا في الظهيرية ، ولا بد في البائن أن تكون أهلًا للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما وسيأتي ، ولا يشترط علمه بأهليتها للميراث حتى لو طلقها بائنًا في مرضه ، وقد كان سيدها أعتقها قبل ، ولم يعلم به الزوج كان فارًا . وكذا لو كان تحته كتابية فأسلمت فطلقها الزوج ثلاثًا ، وهو لا يعلم بإسلامها كما في الظهيرية بخلاف ما لو قال المولى لأمته : أنت حرة غدًا ، وقال الزوج : أنت طالق ثلاثًا بعد غد إن علم الزوج بكلام المولى كان فارًا ، وإلا فلا ، كما في الخانية ؛ لأنه وقت التعليق لم يقصد إبطال حقها حيث لم يعلم ، وإن صارت أهلًا قبل نزول الطلاق ، ولم تكن حرة وقت التعليق ؛ لأن عتقها مضاف بخلاف ما إذا كانت حرة وقته ، ولم يعلم به ؛ لأنه أمر حكمي فلا يشترط العلم به ، ولو علق طلاقها البائن بعتقها كان فارًا كما في الظهيرية ، ولو علق طلاقها بمرضه كما إذا قال إن مرضت فأنت طالق ثلاثًا يكون فارًا ؛ لأنه جعل شرط الحنث المرض مطلقًا كما في الولوالجية ، وصححه في الخانية ، وشمل كلامه ما إذا وكل بطلاقها ، وهو صحيح ثم مرض فطلق الوكيل بشرط أن يقدر على عزله أما إذا لم يستطع عزله حتى طلقها في مرضه لا ترث منه كما في الظهيرية ، وفي الولوالجية لو قالت بعد موته : طلقني في مرضه ثلاثًا ، وكذبها الورثة في الطلاق في المرض ورثته ؛ لأنهم يدعون عليها الحرمان بالطلاق في الصحة ، وهي تنكر فيكون القول لها كما لو قالت : طلقني ، وهو نائم ، وقالوا في اليقظة كان القول لها .

وفي الخانية : لو كانت المرأة أمة قد عتقت ، ومات الزوج فادعت المرأة العتق في حياة الزوج ، وادعت الورثة أنه كان بعد موته فالقول للورثة ، ولا يعتبر قول مولاها كما إذا ادعت أنها أسلمت في حياته ، وقال الورثة : أسلمت بعد موته فالقول لهم ، والقول لها في أنه مات قبل انقضاء عدتها مع اليمين فإن نكلت لا إرث لها ، ولو تزوجت قبل موته ، ثم قالت : لم تنقض عدتي لا يقبل قولها ، ولو لم تتزوج لكنها قالت : أيست ثم مات بعد مضي ثلاثة أشهر من وقت إقرارها لا ميراث لها . ا هـ . وفي المحيط : وإن لم يعلم منها كفر ، فقالت الورثة : كنت كتابية ، وأسلمت بعد موت الزوج ، وهي تقول ما زلت مسلمة ؛ فالقول قولها ؛ لأن الورثة يدعون بطلان حقها ، وهي تنكر ، ولو مات الزوج كافرًا ، فقالت امرأة مسلمة : أسلمت بعد موت زوجي ، وقالت الورثة : بل كنت مسلمة قبل موته فالقول لهم ؛ لأنه ظهر بطلان حقها حيث كانت مسلمة للحال فهي تدعي ثبوت حقها في ماله ، والورثة ينكرونه . ا هـ . وأشار بقوله في عدتها إلى أنها مدخولة فلو أبانها قبل الدخول بها فلا ميراث لها لأنه تعذر إبقاء الزوجية في غير حالة العدة كما في المحيط ، وقيد بموته ؛ لأنه لو ماتت المرأة لم يرثها الزوج بحال ؛ لأن الزوج بالطلاق رضي ببطلان حقه كذا في المحيط ، وفي جامع الفصولين طلقها في المرض ، فمات بعد مضي العدة فالمشكل من متاع البيت لوارث الزوج إذا صارت أجنبية بمضي العدة ، ولم يبق لها يد ، ولو مات قبل العدة فالمشكل من متاع البيت للمرأة عند أبي حنيفة ؛ لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكأنه مات قبل الطلاق » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٢٥٨) : « (والمطلقة ثلاثًا في المرض) المخوف المتصل بالموت (ترث زوجها) بشرط (إن مات من مرضه ذلك) الذي وقع فيه الطلاق ، ولو تزوجت غيره معاملة لمطلقها بنقيض مقصوده وهو منعها من الإرث ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن إخراج الوارث كما نهى عن إدخاله ، ولا ينقطع إرثها من مطلقها إلا بالصحة البينة (ولا يرثها) أي المطلقة في المرض مطلقها إذا =

= ماتت قبل لبينونتها ، ومثل الطلاق في المرض المذكور لو كان طلاقها أو ظهارها أو الإيلاء منها معلقًا في صحته على دخول دار مثلًا ثم فعلت المعلق عليه في حال مرض الزوج المخوف ، فإنها ترثه ولو قصدت تحنيثه بفعلها المعلق عليه ، وإلى جميع ما ذكر الإشارة بقول خليل : ونفذ خلع المريض ورثته دونه كمخيرة ومملكة فيه ومولى منها وملاعنة أو أحنثته فيه أو أسلمت أو أعتقت أو تزوجت غيره وورثت أزواجًا وإن في عصمة ، وإنما ينقطع بصحة بينة . ثم شبه فيما تقدم من إرثها منه مطلقًا دونه قوله : (وكذلك إن كان الطلاق) الواقع في المرض (واحدة) رجعية (و) الحال أنه (قد مات) الزوج (من مرضه ذلك) الذي طلق فيه (بعد) انقضاء (العدة) فإنها ترثه ولو اتصلت بالأزواج ، وأما لو ماتت دونه فإنه لا يرثها ؛ لأنها بانت منه ، ومفهوم بعد انقضاء العدة أنها لو كانت في العدة لورثها إن ماتت قبله ، وهذه المسألة مفهوم التي قبلها ؛ لأن التي قبلها طلقها ثلاثًا وهذه طلاقها رجعي ، فقبل انقضاء العدة يتوارثان وبعد انقضائها ترثه دونه معاملة له بنقيض مقصوده ، ومثل الواحدة الاثنتان ، كما أن مثل الثلاث الواحدة البائنة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٧٢/٦ ، ٢٧٣) : « إذا طلق المريض امرأته ، ثم نكح أخرى ، ومات من مرضه في عدة المطلقة ، ورثتاه جميعًا . هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق ، وأحد قولي الشافعي ﷺ . والقول الآخر لا ترث المبتوتة ، فيكون الميراث كله للثانية . وقال مالك : الميراث كله للمطلقة ؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح . وجعل بعض أصحابنا فيها وجهًا ، أن الميراث كله للمطلقة ؛ لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها ، وهو جميع الميراث ، فكذلك بعده وليس هذا بصحيح ، فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ، ولو لم يطلقها وتزوج عليها ، لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات ، فكذلك إذا طلقها .

فعلى هذا لو تزوج ثلاثًا في مرضه ، فليس للمطلقة إلا ربع ميراث الزوجات ، ولكل واحدة من الزوجات ربعه . وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين . وهو قول الشافعي ﷺ وأبي حنيفة وأصحابه . والرواية الأخرى : أن الميراث للأربع . وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة ، فطلق إحداهن ثلاثًا في مرضه ، ثم نكح أخرى في عدة المطلقة ، أو طلق امرأة واحدة ، ونكح أختها في عدتها ، ومات في عدتها ، فالنكاح باطل ، والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك . وقال الشافعي ﷺ : النكاح صحيح ، والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة . ويجيء على قوله القديم وجهان ؛ أحدهما أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة ، والثاني أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسه . فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، ففي ميراثها روايتان ؛ إحداهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات . وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق . والثانية ترث معهن ولا شيء للمنكوحة . وقال الشافعي ﷺ : الميراث للمنكوحات كلهن ، ولا شيء للمطلقة . وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة ، صح نكاحها ، وهل ترث المطلقة ، على روايتين ؛ إحداهما : لا ترث . وهو ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه قال : يلزم من قال : يصح النكاح في العدة . أن يرث ثمان نسوة ، وأن يرثه أختان ، فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو أختان ، وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا ، أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن ، فيكون منكرًا له غير قائل به . فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة .

= والرواية الثانية ترث المطلقة . فيخرج فيه وجهان ؛ أحدهما : يكون الميراث بين الخمس . والثاني : يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة ؛ لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق ، فكذلك يمنع من تنقيصهن منه ، وكلا الوجهين بعيد ؛ أما أحدهما : فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات ، فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه ، وأما الآخر : فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ، ولا الجمع بين الأختين . فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية . وعلى هذا لو طلق أربعًا في مرضه ، وانقضت عدتهن ، ونكح أربعًا سواهن ، ثم مات من مرضه ، فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان ؛ أحدهما : أن الميراث كله للمطلقات . وعلى الثاني هو بين الثمان . وقال مالك : الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات ؛ لأن نكاحهن غير صحيح عنده . وإن صح من مرضه فتزوج أربعًا في صحته ثم مات ، فالميراث لهن في قول الجمهور ، ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه . وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئًا إلا في قوله ، وقول من وافقه . ولو طلق أربعًا بعد دخوله بهن ثلاثًا في مرضه ، وقال : قد أخبرنني بانقضاء عدتهن فكذبنه ، فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ، ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي إذا كان بعد أربعة أشهر . وقال زفر : لا يجوز له التزويج أيضًا . والأول أصح ؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه ، فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعًا في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن ، وقلنا : الميراث لهن بعد انقضاء العدة . فالميراث للمنكوحات أيضًا . وإن مات منهن ثلاث ، فالميراث للباقية . وإن مات منهن واحدة ، ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان ، أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة ، فالميراث لباقي المطلقات .

وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث ، أو من المطلقات اثنتان ، ومن المنكوحات اثنتان ، أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة ، فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معًا ؛ لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحًا وإن تزوج المنكوحات في أربعة عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات . وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية . وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات ، مع من بقي من المطلقات . وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي .

وأما زفر : فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي ﷺ : فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فعلى قوله إذا طلق أربعًا ، ونكح أربعًا ، في عقد أو عقود ، ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان ؛ أحدهما : أن الميراث بين الثمان . والثاني : أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات . فإن مات بعض المطلقات ، أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات . وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء . وإن ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث . فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إن كان نكاحهن في عقد واحد وإن كان في عقود متفرقة فإذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات وميراث الثانية للثانية وميراث الثالثة للثالثة » .

١٤٣٢ - اعلم أن تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح فإن الثاني إذا وهب أو تصدق أو باع شيئًا من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئًا بأكثر منها ولم يكن محجورًا عليه لصغر أو سفه مثلًا جازت كل هذه التصرفات من كل ماله فليس لأحد حق في المعارضة بخلاف المريض ؛ فإن هذه التصرفات إن كانت لوارث ، فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة ، ولو كان الشيء المعطى له أقل من ثلث المال . وإن كانت لغير وارث ، فلا تنفذ إلا من الثلث إذا لم تجز الورثة .

١٤٣٣ - وإن طلق الصحيح زوجته طلاقًا بائنًا ومات في عدتها ، فليس لها حق في الميراث لزوال العصمة . بخلاف المريض ، فإنها ترثه ؛ لأنه والحالة هذه يكون فارًّا (هاربًا) من إرثها ، فيرد عليه قصده ، فترثه إن مات وهي في العدة .

١٤٣٤ - ولكن ليس كل مريض يكون حكمه ما ذكر ، بل المريض مرض الموت .

وقد اختلفوا فيه على أقوال كثيرة ، والمعول عليه منها : أنه هو المرض الذي يكون الغالب فيه موت المريض ، ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد أن كان قادرًا عليها . وهذا يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة لوظائفهم ، كالسوقي والكاتب والمدرس والقاضي . ولا يشترط فيه أن يقعد صاحبه في الفراش . وهذا في حق الرجل .

١٤٣٥ - وأما في حق المرأة : فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها ، وعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت .

١٤٣٦ - فلا بد في مرض الموت بالنسبة لهما من أمرين ، وهما : غلبة (١) الهلاك منه ، والعجز عن القيام بالمصالح . فإذا حصل العجز المذكور من المرض ، وانتفت غلبة الموت ، فلا تسري عليه الأحكام المتقدمة .

١٤٣٧ - فإذا عجز كل منهما عن القيام بمصالحه بسبب الرمد أو كسر رجل مثلًا ؛ فلا يعد هذا مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك .

---

(١) في الأصل : [غلية] .

(مادة ٢٦٧)

مَنْ يُخَاف عَلَيْهِ الْهَلاكُ غَالِبًا ، كَمَنْ خَرَجَ مِنَ الصَّفِّ يُبَارِزُ رَجُلا ، أَوْ قَدِمَ لِلْقَتْلِ مِنْ قِصَاصٍ ، أَوْ خَافَ الْغَرَقَ فِي سَفِينَةٍ تَلاطَمَتْ عَلَيْهَا الأَمْوَاجُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَرِيضِ الْغَالِبِ عَلَيْهِ الْهَلاكُ (١) .

* * *

١٤٣٨ – وليس المريض وحده هو الذي تسري عليه الأحكام المتقدمة ، بل هناك أصحاء يلحقون به ، وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبًا ، فإن الأحكام السارية على المريض مرض الموت تسري عليهم .

١٤٣٩ – ويبنى على هذا : أنه إذا تبارز رجلان ، أو حكم على شخص بالإعدام لارتكابه جريمة القتل مثلًا وقدم ليقتص ، أو كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها ، ومن باب أولى ما إذا غرقت بالفعل ، أو افترس سبع شخصًا وبقى حيًّا في فمه ، وتصرف كل منهم في هذه الحالة بتصرف فيه تبرع ، فلا ينفذ إلا من الثلث إن كان لغير وارث ولم تجز الورثة . فإن أجازت ، نفذ من الكل . وإن كان لوراث ، فلا ينفذ إلا بإجازة باقى الورثة ، ولو كان أقل من الثلث .

١٤٤٠ – ومثل هذا ما إذا بانت امراته ، فإنها ترثه إن مات في هذه الحالة، وهي في العدة ؛ لأن الغالب في هذه الأحوال الهلاك ، فيتحقق به الفرار (الهروب) من الإرث فيرد عليه قصده وترث .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٩/١) : « ومن كان محبوسًا في السجن ليقتل قصاصًا أو رجمًا لا يكون حكمه حكم المريض ، وإذا أخرج ليقتل فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحالة حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحالة حكم المريض ، ولو أعيد إلى السجن ولم يقتل أو رجع بعد المبارزة إلى الصف أو سكن الموج صار حكمه كحكم المريض الذي برأ من مرضه ينفذ جميع تصرفاته من جميع ماله ، كذا في شرح الطحاوي » .

(مادة ٢٦٨)

الْمُقْعَدُ وَالْمَسْلُولُ وَالْمَفْلُوجُ مَا دَامَ يَزْدَادُ مَا بِهِمْ من العلة ، فَحُكْمُهُمْ كَالْمَرِيضِ .

فَإِنْ قَدِمَتِ الْعِلَّةُ بِأَنْ تَطَاوَلَتْ سَنَةً ، وَلَمْ يَحْصُلْ فِيهَا ازْدِيَادٌ وَلا تَغير فِي أَحْوَالِهِمْ ، فَتَصَرُّفَاتُهُمْ بَعْدَ السَّنَةِ فِي الطَّلاقِ وَغَيْرِهِ كَتَصَرُّفَاتِ الصَّحِيحِ [1] .

* * *

١٤٤١ - وبعض الأمراض لا يستمر طويلًا كالتيفوس ، فإن من مرض به يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد . فلو تصرف صاحبه ، فإن صح أو مات ، سرت عليه أحكام الأصحاء أو المرضى . وبعضها قد يمكث زمنًا طويلًا كالسل والفالج ، فإذا تصرف المريض بواحد منهما ، اختلفت الأقوال في اعتباره صحيحًا أو مريضًا مرض الموت .

فبعضهم يقول : ما دام يزداد ما به ، فالغالب عليه الهلاك ، فيعتبر مريضًا مرض الموت . وإن لم يزدد فكالصحيح .

ومن قائل : إن لم يرج برؤه بتداوٍ ، فهو مريض . وإن كان يرجى ، فهو صحيح .

وبعضهم يقول : لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت ، اعتبر المريض صحيحًا . وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول ، فبعضهم اعتبره سنة ، وبعضهم اعتبر العرف ، وبعضهم يقول : إن لم يصر صاحب فراش ، فهو صحيح ، وإلا فهو مريض ، وبعضهم يقول غير ما ذكر ، ولكن المعول عليه منها أنه ما دام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض ، فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٤٨ ، ٢٤٩) : « واختلفوا في المسلول والمفلوج وأمثالهما ، قيل : ما دام يزداد ما به فهو مريض وإلا فهو صحيح ، وذكر محمد بن سلمة إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي فهو مريض وإلا فهو صحيح ، وقال الهندواني إن كان يزداد أبدًا فهو مريض وإن كان يزداد مرة ويقل أخرى فهو صحيح ، وقد يثبت هذا المعنى وهو توجه حرف الهلاك في غير المريض فيكون فارًا إذا أبانها فيه وهو ما ذكر من المبارزة والتقديم للقتل ؛ لأن الغالب فيه الهلاك والمحصور والذي في صف القتال الغالب فيه السلامة ؛ لأن الحصر لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار وعن أبي حنيفة أن طلاق المبارز كطلاق الصحيح ومن المشايخ من قال إذا قدم للقصاص لا يكون فارًا ؛ لأن العفو مندوب إليه بخلاف ما إذا قدم للرجم وعلى الأول الاعتماد » .

فإذا وهب واحد منهم أو باع شيئًا من أملاكه بنصف قيمته مثلًا ، أو اشترى شيئًا بضعف قيمته ، نفذ من كل المال ، وليس لأحد حق في معارضته . وإن طلق زوجته طلاقًا بائنًا ، فلا يعد فارًا (هاربًا) من إرثها ، فإذا مات وهي في العدة فلا ترثه .

(مادة ٢٦٩)

مَنْ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْمَوْتُ مِنْهُ ، أَوْ وَاقِعًا فِي حَالَةٍ خَطِرَةٍ يُخْشَى مِنْهَا الْهَلاكُ غَالِبًا ، وَأَبَانَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ طَائِعًا بِلا رِضَاهَا ، وَمَاتَ فِي الْمَرَضِ أَوْ هُوَ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَوْ بِغَيْرِهِ ، وَالْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنَّهَا تَرِثُ مِنْهُ إِذَا اسْتَمَرَّتْ أَهْلِيَّتُهَا لِلإِرْثِ مِنْ وَقْتِ الإِبَانَةِ إِلَى الْمَوْتِ .

فَإِنْ بَرِئَ الزَّوْجُ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ زَالَتْ عَنْهُ تِلْكَ الْحَالَةُ ، ثُمَّ مَاتَ بِعِلَّةٍ أَوْ حَادِثَةٍ أُخْرَى وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنَّهَا لا تَرِثُهُ .

* * *

١٤٤٢ - فقد علمت مما تقدم أن من كان مريضًا مرضًا يغلب عليه الموت منه أو واقعًا في حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالبًا ، وطلق امرأته طلاقًا بائنًا وهو كذلك ، ورثته لأنه يعتبر هاربًا من إرثها ، فيجعل عقد الزواج باقيًا ، ويرد عليه قصده ، فترثه .

ولكن لا تستحق الإرث إلا بشروط :

١٤٤٣ - **الأول** : أن يوقع الطلاق المذكور طائعًا ، فلو كان مكرها فلا ترث ؛ لأنه مضطر في إيقاعه فليس قصد سيء حتى يرد عليه .

١٤٤٤ - **الثاني** : أن يكون بغير رضا الزوجة ، فلو طلبت منه الطلاق البائن مختارة فأوقعه ؛ فلا ترث لأنها رضيت بإسقاط حقها .

١٤٤٥ - **الثالث** : أن يموت في هذا المرض أو وهو على تلك الحالة ، سواء كان بذلك السبب أو بغيره بأن قتل في مرضه .

١٤٤٦ - فإن برئ الزوج أو زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى ، وهي في العدة ؛ فلا ترثه . وبعضهم يقول : لا ترثه إلا إذا مات بالسبب الذي ظن موته به ؛ إذ مرض الموت هو ما يكون سببًا له ، ولم يوجد . والأول يقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان ، فلا يتبين بهذا أن مرضه لم

يكن مرض موته ، وأن حقها لم يكن ثابتًا في ماله فترث .

١٤٤٧ - **الرابع** : أن يموت والمرأة في العدة ، فلو مات بعد انقضائها فلا ترث ؛ لأن سبب الإرث يمكن اعتباره في العدة لا بعدها ، لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعًا للضرر عنها . وقد أمكن إذ النكاح في العدة يبقى في حق بعض الأحكام ، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه ، بخلاف ما إذا مات بعد انقضاء المدة ؛ لأنه لا سبيل إلى التوريث إذ لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها . وورد التصريح بذلك عن عمر وعائشة وابن مسعود وغيرهم . والعدة بالنسبة لها تعتبر بأبعد المدتين ، أعني مدة عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فلو كانت من ذوات الحيض ، فإن كانت تحيض ثلاث حيض في أقل من أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ اعتدت عدة الوفاة ؛ لأنها أبعد المدتين . وإن كانت الحيض الثلاث تستغرق أكثر من هذا الزمن ؛ اعتبرت بالحيض .

١٤٤٨ - **الخامس** : أن تكون مستحقة للميراث وقت الطلاق ، فإن كانت غير مستحقة كما إذا كانت رقيقة أو كتابية ثم عتقت أو أسلمت قبل موته ؛ فلا ترث لعدم قصده الحرمان من الإرث ؛ إذ هو غير ثابت في هذه الحالة لوجود المانع منه وهو الرق في الأول واختلاف الدين في الثاني .

١٤٤٩ - **السادس** : أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى وقت الموت ، فلو وجدت الأهلية عند الإبانة والموت ولكنها انقطعت أثناء الزمن الفاصل بينهما ؛ فلا ترث فإذا أبانها وهي مسلمة فارتدت وأسلمت ومات وهي في العدة فلا تستحق الميراث ؛ لأنها بردتها سقط حقها فلا يعود بالإسلام إذ الساقط لا يعود . ومن هذا يظهر لك أن التوارث في هذه الحالة لا يكون من الجانبين ؛ بل هي التي ترثه إن مات في عدتها فإذا ماتت هي في العدة فلا يرثها ؛ لأنه أسقط حقه بهذا الطلاق البائن ؛ لأنه يزيل أحكام النكاح .

١٤٥٠ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ترث المبانة مطلقًا أى سواء كانت الإبانة في حال الصحة أو في حال المرض .

١٤٥١ - واستدل بأن السبب وهو الزوجية قد ارتفع قبل الموت بالطلاق البائن فصار كما لو طلقها قبل الدخول بها إذ سبب الإرث شيئان وهما الزوجية أو النسب وقد انعدما قبل الموت فصار كما لو طلقها في صحته .

١٤٥٢ - واستدلت الحنفية بما روي أن سيدنا عثمان بن عفان ورَّث تماضر بنت

الأصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد أبانها في مرضه بمحضر من الصحابة ﷺ من غير نكير فكان إجماعًا . ولأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى انقضاء العدة لبقاء بعض الأحكام كما ردت تبرعاته في حق الدائن والوارث ، وكما رد قصد القاتل فلم يرث من المقتول بخلاف ما إذا ماتت هي فإنه لا يرثها لأن الزوجية في هذه الحالة ليست بسبب إرثه منها لاسيما إذا رضي هو بعدم الإرث ولا يمكن إبقاء السبب بعد انقضاء العدة ؛ لأنه يؤدي إلى توريثها من زوجين فيما لو تزوجت بعد انقضاء العدة ، وإلى توريث أكثر من أربع نسوة من رجل واحد فيما إذا كان متزوجًا أربعًا وطلق إحداهن ، وبعد انقضاء العدة تزوج بغيرها ثم مات وإن كان بعض الأئمة يقول به .

(مادة ٢٧٠)

تَرِثُ الْمَرْأَةُ أَيْضًا زَوْجَهَا إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَكَانَتْ مُسْتَحِقَّةً لِلْمِيرَاثِ فِي الصُّوَرِ الآتِيَةِ :

الأُولَى : إِذَا طَلَبَتْ مِنْ زَوْجِهَا وَهُوَ مَرِيضٌ أَنْ يُطَلِّقَهَا رَجْعِيًّا ، فَأَبَانَهَا بِمَا دُونِ الثَّلاثِ ، أَوْ بِثَلاثٍ .

الثَّانِيَةُ : إِذَا لاعَنَهَا فِي مَرَضِهِ وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا .

الثَّالِثَةُ : إِذَا آلَى مِنْهَا مَرِيضًا ، وَمَضَتْ مُدَّةُ الإِيلاءِ فِي الْمَرَضِ ، حَتَّى بَانَتْ مِنْهُ بِعَدَمِ قُرْبَانِهَا [1] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٢٢/٣) : « ولو قذف امرأته في المرض أو لاعنها في المرض ورثت في قولهم جميعًا ؛ لأن سبب الفرقة وجد في وقت تعلق حقها بالإرث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها مضطرة إلى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها إليه كأنه أكرهها عليه . وإن كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا ترث . وجه قوله أن سبب الفرقة وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقها بالإرث وهو حال الصحة ، والمرأة مختارة في اللعان فلا يضاف إلى الزوج . ولهما أن فعل المرأة يضاف إلى الزوج ؛ لأنها مضطرة في المطالبة باللعان لاضطرارها إلى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي ألجأها إلى هذا فيضاف فعلها إليه كأنه أوقع الفرقة في المرض » .

جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٤/١) : « وإذا آلى منها في المرض فانقضت مدة الإيلاء في المرض ورثت =

١٤٥٣ - فالذي ظهر من الشروط المتقدمة لتوريث المطلقة طلاقًا بائنًا في حالة يغلب على الزوج فيها الهلاك ، سواء كان مرضًا أو غيره : أن كل مسألة يظهر فيها أن غرض الزوج حِرْمَان زوجته من الإرث ؛ ترث ، وكل مسألة لا يظهر فيها ذلك ؛ لا ترث .

١٤٥٤ - ويبنى على ذلك : أن المرأة ترث زوجها إذا مات وهي في العدة وكانت مستحقة للميراث في الصور الآتية :

الأولى : إذا طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت أن يطلقها رجعيًا فطلقها بائنًا سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى ؛ لأن الطلاق الرجعي الذي سألته لا يزيل النكاح فلا يمنع من الميراث فلم يكن بسؤالها راضية ببطلان حقها فإذا خالف وأوقع البائن دل ذلك على أن غرضه حرمانها من الإرث فيرد عليه قصده فترث .

الثانية : إذا لاعنها في مرضه وفرق بينهما سواء كان القذف الموجب للعان حصل في حال الصحة أو في حال المرض والتفريق بعد اللعان وإن كان لها دخل فيه لأنه لا يحصل إلا بعد صدوره منهما لكنها مضطرة لدفع عار الزنى عن نفسها فيضاف سبب الفرقة إليه لا إليها ، فلا يسقط حقها في الميراث وسيأتي في اللعان في شرح مادة (٣٣٤) وما بعدها .

الثالثة : إذا آلى منها وهو مريض ومضت مدة الإيلاء في المرض حتى بانت منه بعدم قربانها ؛ لأن الإيلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان ، فكأنه قال لها : إذا مضى أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت بائن ، فكان يمكنه أن يقربها في المدة ويكفر عن يمينه ، فإذا لم يقربها دل ذلك على قصده حرمانها من الإرث ، فيرد عليه قصده ، ولا بد أن يكون الإيلاء في المرض ، فلو كان في حال الصحة ومضت المدة وهو مريض حتى بانت منه ومات في العدة لم ترث لعدم قصده حرمانها من الإرث إذ المرض الذي يعقبه الموت

= ما دامت في العدة ، وإن كان الإيلاء في الصحة ومضت المدة في المرض لم ترث لو قال لها في مرضه : كنت طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يجوز إقراره ووصيته وإن طلقها ثلاثًا في مرضه بأمرها ثم أقرّ لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعًا كذا في السراج الوهاج وإنما يكون لها الأقل منهما عندنا لو مات الزوج وهي في العدة أما إذا مات بعد انقضائها فلها جميع ما أقرّ لها به كذا في الفصول العمادية » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٧١/٦) : « وإن قذفها في صحته ، ولاعنها في مرضه ، ومات فيه ، لم ترثه ، نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي واللؤلؤي . وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث ، وهو قول أبي يوسف . وإن آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالإيلاء ؛ لم ترثه » .

المترتب عليه الإرث غير موجود وقت الإيلاء وقد تقدم لك الإيلاء في شرح مادة (٢٤٥) .

(مادة ٢٧١)

لَا تَرِثُ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا فِي الصُّوَرِ الآتِيَةِ :

الأُولَى : إِذَا أُكْرِهَ الزَّوْجُ عَلَى إِبَانَتِهَا بِوَعِيدِ تَلَفٍ .

الثَّانِيَةُ : إِذَا طَلَبَتْ هِيَ مِنْهُ الإِبَانَةَ طَائِعَةً مُخْتَارَةً (١) .

الثَّالِثَةُ : إِذَا طَلَّقَهَا رَجْعِيًّا أَوْ لَمْ يُطَلِّقْهَا ، وَفَعَلَتْ مَعَ ابْنِهِ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، أَوْ مَكَّنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا بِغَيْرِ تَحْرِيضِ أَبِيهِ .

الرَّابِعَةُ : إِذَا آلَى مِنْهَا فِي صِحَّتِهِ ، وَبَانَتْ فِي مَرَضِهِ (٢) .

الْخَامِسَةُ : إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ مِنْهُ بِرِضَاهَا ، أَوِ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بِالْبُلُوغِ ، أَوْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِالْعُنَّةِ أَوْ نَحْوِهَا بِنَاءً عَلَى طَلَبِهَا (٣) .

السَّادِسَةُ : إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ كِتَابِيَّةً وَقْتَ إِبَانَتِهَا ثُمَّ أَسْلَمَتْ بَعْدَهَا ، أَوْ كَانَتْ مُسْلِمَةً وَقْتَ الإِبَانَةِ ثُمَّ ارْتَدَّتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَإِسْلَامُهَا فِي الصُّورَةِ لا يُعِيدُ حَقَّهَا فِي

---

(١) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٩/٢٩ ، ٥٠) : « فإن طلبت منه الطلاق مطلقًا ، أو طلبت طلاقًا رجعيًا فطلقها بائنًا واحدة أو أكثر ثم مات وهي في عدتها ورثت منه ؛ لأنها لم تطلب البينونة ولم ترض بها . فإذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث منه ، ولم تتغير عدتها لدى الجمهور ، ولا يعد فارًا بطلاقها ، وفي قول ثان للحنابلة أنها ترث منه ما لم تتزوج من غيره ، وهو خلاف الأصح عندهم . والمالكية على توريثها منه مطلقًا ؛ أي سواء كان بطلبها كالمخيرة والمملكة والمخالعة ، أو بغير طلبها حتى لو مات بعد عدتها وزواجها من غيره » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٢٢/٣) : « ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالإيلاء وهو مريض ورثت ما دامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق في وقته مع شرائطه ولو كان صحيحًا وقت الإيلاء وانقضت مدة الإيلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته ؛ لأنه باشر الطلاق في صحته ولم يصنع في المرض شيئًا » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢٢٤/١) : « إذا آلى من امرأته في الصحة ثم مات وهي في العدة لا ترث . ولو آلى في المرض ورثت . والفرق أنه بالمرض تعلق حقها بماله ، فقد عقد وحقها متعلق بماله فاتهم في قطع حقها ، فكان فارًا . وأما إذا كان في الصحة فحين عقد لم يكن حقها متعلقًا بماله ، فقد علقه بمعنى لا فعل له فيه ، ووقوع الفرقة بالإيلاء لا فعل له فيه ، فلم يتهم فيها فلم يكن فارًا ؛ فلا ترث » .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٤٢٩/١) : « لا ترث (المختلعة) بسؤالها (ومخيرة اختارت نفسها) لوقوع الفرقة من جهتها . لا ترث (مفرقة بسبب الجب أو العنة) . وفي الاختيار خلاف في المسألتين (أو خيار البلوغ أو) خيار (العتق) لرضاها » .

المِيراث مِنْهُ بَعْدَ سُقُوطِهِ بِرِدَّتِهَا [١] .

السَّابِعَةُ : إِذَا أَبَانَهَا وَهُوَ مَحْبُوسٌ بِقِصَاصٍ ، أَوْ وَهُوَ مَحْصُورٌ فِي حِصْنٍ ، أَوْ فِي صَفِّ القتال ، أَوْ فِي سَفِينَةٍ قَبْلَ خَوْفِ الْغَرَقِ ، أَوْ فِي وَقْتِ فُشُوِّ الْوَبَاءِ أو وَهُوَ قَائِمٌ بِمَصَالِحِهِ خَارِجَ الْبَيْتِ مُتَشَكِّيًا مِنْ أَلَمٍ [٢] .

* * *

١٤٥٥ – وينبني على الأصل المتقدم في أول شرح هذه المادة أن المرأة لا ترث زوجها في المسائل الآتية :

١٤٥٦ – **الأولى** : إذا أكره الزوج على إبانتها بوعيد تلف بأن قال له شخص : إن لم تطلق زوجتك طلاقًا بائنًا أوقعت بك كذا من الأذى ؛ لأنه في هذه الحالة ليس عنده قصد سيء حتى يرد عليه فلا ترث .

١٤٥٧ – **الثانية** : إذا طلبت المرأة منه أن يطلقها بائنًا ففعل إذ بطلبها الطلاق البائن مع علمها بأنه يزيل أحكام النكاح ويترتب عليه عدم الإرث قد رضيت بإسقاط حقها فلا ترث لكن يشترط أن يكون مختارة في هذا الطلب ، فلو أكرهت عليه فلا يسقط حقها إذ الرضا بعدم الإرث غير موجود ؛ لأن الإكراه لعدم الرضا فلا يسقط حقها في الميراث فلو سألته الطلاق الرجعي ورثت ؛ لأنه لا يزيل الملك فلا يسقط حقها في الميراث فلم تكن راضية بإسقاط حقها.

١٤٥٨ – **الثالثة** : إذا طلقها رجعيًا وبعده قبلت واحدًا من أصوله أو فروعه بشهوة أو مكنته من نفسها فإن كلًّا منهما يترتب عليه حرمة المصاهرة فصارت محرمة على زوجها كما تقدم في شرح مادة (٢٥) فتكون هي التي باشرت سبب الفرقة والزوج وإن أوقع الطلاق قبل ذلك إلا أنه رجعي وهو لا يزيل الملك ولا الحل فيضاف سبب

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٤٢٩/١) : « لا ترث (من ارتدت) عياذًا بالله تعالى (بعدما أبانها) الزوج (ثم أسلمت) في العدة لبطلان أهلية الإرث بالردة ولم يعد السبب بعد الإسلام » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (٤٢٩/١) : « (ولو أبانها وهو محصور) في حصن (أو) أبانها (في صف القتال) أي غير مبارز (أو) أبانها وهو (محبوس لقصاص أو رجم أو يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه مشتك) من ألم (أو محموم) أو راكب سفينة أو نازل في مكان مخوف أو مختف من عدو (لا ترث) يعني لو أبانها في حال من الأحوال ومات بذلك السبب وهي في العدة لا ترث ؛ لأنه لا يغلب في مثل هذا الهلاك » .

الفرقة إليها لا إليه فلا ترث ، ولا فرق بين أن يكون التمكين برضاها أو بغيره ؛ لأنه إن كان باختيارها فقد رضيت بإبطال حقها وإن كانت مكرهة لم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق به الإرث لوقوع الفرقة بفعل غيره حتى إذا كان هو المكره لها على التمكين ورثت ؛ لأنه بذلك ينتقل إليه فيصير كالمباشر ، فكأنه هو الذي باشر سبب الفرقة ويعلم حكم ما إذا فعلت بأحد أصول الزوج وفروعه قبل حصول الطلاق ما يوجب حرمة المصاهرة مما تقدم بالأولوية وهو أنها لا ترث ؛ لأنه إذا سقط حقها بهذا الفعل بعد الطلاق الرجعي فمن باب أولى سقوط الحق إذا حصل قبل الطلاق .

١٤٥٩ – **الرابعة** : إذا آلى منها وهو صحيح فمرض ومضت مدة الإيلاء وهو مريض ، فإذا قال رجل لامرأته وهو صحيح : والله لا أقربك أربعة أشهر ثم مرض ومضت هذه المدة بانت منه فإذا مات وهي في العدة فإنها لا ترثه لعدم قصده حرمانها من الإرث وقت الإيلاء ؛ لأن المرض الذي يعقبه الموت الذي هو شرط في الإرث غير موجود وقت الإيلاء والزوج وإن كان متمكنًا من إبطاله بقربانها في المدة لكن تمكنه لا يكون خاليًا عن ضرر يلحق به وهو كفارة اليمين فلم يكن متمكنًا مطلقًا فلا يقال : إنه هارب من إرثها .

١٤٦٠ – **الخامسة** : أن يكون لها دخل في سبب الفرقة كالخلع فإذا قال لها : خالعتك في نظير عشرين جنيهًا وقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ولزمها المال ، فلو مات في عدتها لم ترثه ؛ لأنها إذا لم ترض بدفع بدل الخلع فلا يقع الطلاق فرضاها به يبطل حقها . ومثله التخيير فإذا قال لها : اختاري نفسك ، فاختارت ومات في عدتها فلا ترثه إذ باختيارها نفسها قد رضيت بإسقاط حقها ؛ لأنها إذا لم تختر نفسها فلا يقع الطلاق حتى إذا وجد دليل عدم الرضا بأن أكرهت على قبول بدل الخلع أو اختيارها نفسها فلا يسقط حقها ومثله اختيارها نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة وكان الزوج كفء والمهر مهر المثل فإن الزواج في هذه الحالة صحيح ، ولكن إذا بلغت فلها أن تختار نفسها وتفسخ العقد ، فإذا كان هذا الاختيار وزوجها مريض مرض الموت ومات في عدتها فلا ترثه ؛ لأنها بهذا الاختيار أسقطت حقها في الميراث .

١٤٦١ – ومثل الفرقة بالاختيار الفرقة بالجب والعنة فإذا وجدت المرأة زوجها مجبوبًا أو عنينًا ورفعت الأمر إلى القاضي طالبة الفرقة وكان هذا الطلب في مرض موته وفرق بينهما ومات في عدتها فلا ترثه ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها .

١٤٦٢ - **السادسة** : إذا كانت الزوجة غير مستحقة للميراث وقت الإبانة ثم استحقته بعدها فإذا أبان المريض مرض الموت زوجته الكتابية فأسلمت ومات وهي في العدة فإنها لا ترثه إذ مبنى التوريث على فراره منه فيرد عليه قصده وفي هذه الحالة ليس هاربًا من الإرث ؛ إذ هي غير مستحقة له وقت الإبانة ومثله ما إذا كانت مستحقة للإرث وقت الإبانة ووقت الموت ، ولكنها خرجت عن الاستحقاق في الزمن الفاصل بينهما كما إذا طلقها مسلمة فخرجت عن الدين الإسلامي ثم أسلمت ومات ؛ فإنها لا ترث إذ بردتها سقط حقها في الميراث ؛ لأن المرتد لا يرث أحدًا وبإسلامها لا يعود حقها ؛ لأن الساقط لا يعود .

١٤٦٣ - **السابعة** : إذا أبان الرجل زوجته وهو غير مريض في حالة لا يغلب فيها الهلاك وذلك يكون في مسائل :

١٤٦٤ - **الأولى** : أن يكون محبوسًا بقصاص بأن اتهم بالقتل فقبض عليه وأودع السجن ، ويظهر أن هذا قبل الثبوت والحكم عليه وإن كان قولهم : أو قدم لقتل يخالفه .

١٤٦٥ - **الثانية** : أن يكون محصورًا بالعدو في حصن .

١٤٦٦ - **الثالثة** : أن يكون في صف القتال .

١٤٦٧ - **الرابعة** : أن يكون في سفينة قبل خوف الغرق .

١٤٦٨ - **الخامسة** : أن يكون الطلاق في وقت فشو الوباء .

١٤٦٩ - **السادسة** : أن يكون متشكيًا من ألم ولكنه قائم بمصالحه خارج البيت ؛ لأن هذا لم يخل منه إنسان في الأغلب وما شاكل هذا من الأحوال التي يغلب فيها الهلاك ؛ لأن المرأة إنما ترث إذا مات زوجها وهي في عدة الطلاق البائن إذا كان فارًّا (هاربًا) من إرثها ، وإنما يثبت حكم الفرار إذا تعلق حقها بماله ولا يتعلق به إلا إذا كان في حالة يغلب عليه فيها الهلاك كما تقدم فما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ؛ إذ المحصور والذي في صف القتال الغالب عليه السلامة ؛ لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت حكم الفرار وقس على هذا غيره من المسائل المتقدمة .

(مادة ٢٧٢)

إِذَا بَاشَرَتِ الْمَرْأَةُ سَبَبَ الْفُرْقَةِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لا تَقْدِرُ عَلَى الْقِيَامِ بِمَصَالِحِ بَيْتِهَا ، بِأَنْ أَوْقَعَتِ الْفُرْقَةَ بِاخْتِيَارِ نَفْسِهَا بِالْبُلُوغِ ، أَوْ بِفِعْلِهَا بِابْنِ زَوْجِهَا مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ،

وَمَاتَتْ قَبْلَ انقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَإِنَّ زَوْجَهَا يَرِثُهَا (١) .

* * *

١٤٧٠ - وكل الأحكام المتقدمة بالنسبة للرجل تسري على المرأة ، فإذا باشرت سبب الفرقة وهي مريضة مرض الموت بأن كانت لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت أو هي صحيحة ولكنها في حالة يغلب فيها الهلاك وماتت في العدة ؛ ورثها الزوج .

١٤٧١ - وينبني على ذلك : أنها إن اختارت نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الأب والجد وكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فبلغت وهي في حالة يغلب الهلاك واختارت نفسها وماتت في العدة ورثها .

١٤٧٢ - وأنها إذا فعلت بأحد أصول زوجها أو فروعه ما يحرمها على الزوج بأن مكنته من نفسها ، أو قبلته بشهوة طائعة مختارة وماتت في العدة ؛ ورثها .

١٤٧٣ - وأنها إذا ارتدت وماتت في العدة ورثها ؛ لأنها والحالة هذه تكون فارة من إرثه فيرد عليها قصدها كما رد عليه قصده إذا باشر سبب الفرقة وهو في الحالة المذكورة .

١٤٧٤ - وأنها إذا باشرت سبب الفرقة في حالة لا يغلب فيها الهلاك وماتت في العدة ؛ لا يرثها ؛ إذ ليس لها قصد سيء حتى يرد عليه (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٤٨/٤) : « لو باشرت سبب الفرقة، وهي مريضة ، وماتت قبل انقضاء عدتها ورثها كما إذا وقعت الفرقة باختيارها نفسها في خيار البلوغ والعتق أو بتقبيلها ابن زوجها ، وهي مريضة ؛ لأنها من قبلها ولذا لم يكن طلاقًا ، وهذا ظاهر » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : مادة ٢٠ : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم .

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن .

ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٤) الخلع هو حل عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع أو ما في معناه على بدل تبذله الزوجة .

الباب الثاني
في الخلع

(مادة ٢٧٣)

إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ ، وَخَافَا أَلَّا يَقُومَا بِمَا يَلْزَمُهُمَا مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ وَمُوجِبَاتِهَا ، جَازَ الطَّلَاقُ وَالْخُلْعُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٦/٢) : « إيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضًا في الأصل عند عامة العلماء ومن الناس من يقول لا يباح إيقاع الطلاق إلا عند الضرورة لقوله ﷺ « لعن اللّه كل ذواق مطلاق » وقال ﷺ « أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة اللّه والملائكة والناس أجمعين » وقد روي مثله في الرجل يخلع امرأته ولأن فيه كفران النعمة فإن النكاح نعمة من اللّه تعالى على عباده قال اللّه تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا ﴾ وقال اللّه تعالى : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ الآية وكفران النعمة حرام ، وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل إلا عند الضرورة وذلك إما كبر السن لما روي أن سودة لما طعنت في السن طلقها رسول اللّه ﷺ وإما لريبة لما روي أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ وقال : إن امرأتي لا ترد يد لامس ، فقال - صلوات اللّه عليه - طلقها ، فقال : إني أحبها ، فقال ﷺ : « أمسكها إذن » . وأما قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وذلك كله يقتضي كله إباحة الإيقاع وطلق رسول اللّه ﷺ حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها ؛ فإنها صوامة قوامة ، ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة وكذلك الصحابة - رضوان اللّه عليهم - فإن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم رضي الله عنها وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق تماضر رضي الله عنها والمغيرة بن شعبة رضي الله عنه كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفًا وقال : أنتن حسان الأخلاق ، ناعمات الأرداف ، طويلات الأعناق ، اذهبن فأنتن طلاق ، وأن الحسن بن علي رضي الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال علي رضي الله عنه على المنبر إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه ، فقالوا : إنا نزوجه ثم نزوجه ، ولأن هذا إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مباحًا في الأصل كالإعتاق ، وفيه معنى كفران النعمة من وجه ومعنى إزالة الرق من وجه فالنكاح رق قال ﷺ : « النكاح رق ، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ؟ » . وروي : « بم يرق كريمته » ولهذا صان الشرع القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح الأمهات والبنات والأخوات . وإلى هذا المعنى أشار رسول اللّه ﷺ بقوله : « وإن أبغض المباحات عند اللّه تعالى الطلاق » فقد نص على أنه مباح لما فيه من إزالة الرق ومبغض لما فيه من معنى كفران النعمة ثم معنى النعمة إنما يتحقق عند موافقة الأخلاق فأما عند عدم موافقة الأخلاق فاستدامة النكاح سبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعًا مباحًا للتفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق » .

وجاء في تبيين الحقائق (٢٦٧/٢ ، ٢٦٨) : « الخلع النزع ، والفصل لغة يقال خلع نعله خلعًا وخلع ثوبه أي نزعه ، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت نفسها منه بمال وخالعها وتخالعا تشبيهًا لفراقهما بنزع الثياب ؛ لأن كل واحد منهما لباس الآخر ، قال اللّه تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ وفي الشرع عبارة عن =

١٤٧٥ – الفرقة بين الزوجين تكون بأشياء كثيرة فتارة تكون بالطلاق وهي أن يترك الرجل حق استباحته الدائمة للمرأة مع استكمالها كل ما شرط لها من المال إن كان بعد الدخول حقيقة أو حكمًا وهذا أمر ينفرد به الزوج إلا شرط في أصل عقد الزواج أن يكون للمرأة حق تطليق نفسها من الزوج فيراعى هذا الشرط وحينئذٍ متى شاءت طلقت نفسها واستردت تمليك عصمتها بدون أن يسترد هو شيئًا ، أو أن يمتنع عن تأدية ما شرط لها حين العقد فالمفارقة بين الزوجين منظور فيها لصورة أصل عقد الازدواج وأن ما شرط في العقد مرعي وليس للزوج إلا الرجحانية على المرأة بأنه إذا لم يشترط في العقد شيء كان أمر الطلاق بيده دونها .

١٤٧٦ – وتارة تكون بإبطال عقد الزوجية بحيث يرد كل منهما ما تملكه بالعقد فتسترد المرأة ما ملكته للرجل من إباحة نفسها له واختصاصه بها ويسترد الرجل ما جعل لها من المال أو مثله مقابلة هذه الإباحة الدائمة سواء كان كله أو بعضه بحسب ما يتراضيان عليه حين إزالة عقد الزواج ، وهذه الفرقة تتوقف على رضا الطرفين ، ويسمى هذا النوع بالخلع . وهو المراد هنا .

ومعناه في اللغة : الإزالة ، يقال : خلع فلان ثوبه إذا أزاله عنه وخلع فلان زوجته إذا

= أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ، وقال – عليه الصلاة والسلام – « الخلع تطليقة بائنة » وقد أجمعت الصحابة على ذلك ، ولأن ملك النكاح حقه فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص ، وقال المزني : الخلع غير جائز ، وزعم أن الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾ الآية قلنا شرط النسخ العلم بتأخر الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجدا ، ولأن النهي مقيد بإرادة الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الأولى مطلقة فلا يصح دعوى نسخها بها مطلقًا ، ولأن النهي لا يعدم المشروعية في الأفعال الشرعية فلا نسلم نسخها ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز الخلع إلا إذا كرهته المرأة وخافت أن لا توفيه حقه أو لا يوفيها حقها ومنعوا إذا كرهها الزوج لما تلونا وجوابه ما ذكرناه ، وذكر القدوري في مختصره إذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به أخرجه مخرج العادة أو الأولوية لا مخرج الشرط وأراد بالخوف العلم والتيقن به ؛ لأنه يراد به العلم ، قال الشاعر :

إذا متُّ فادفنِّي إلى جنبي كرمةٍ ... تروِّي عظامي بعد موتي عروقُها
ولا تدفننِّي في الفلاة فإنني ... أخاف إذا ما مِتُّ أنْ لا أذوقها

أي أعلم وأتيقن ، ولهذا رفعه ، والتشاق : الاختلاف والتخاصم ، مشتق من الشق وهو الجانب : كل واحد منهما يأخذ شقًّا خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من مواجب الزوجية » .

أزال عصمتها ولكن العرف يستعمل الخلع بفتح الخاء لإزالة غير الزوجية وبضمها لإزالتها .

١٤٧٧ - وفي اصطلاح الفقهاء : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة ولا بد أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة وقد علمت مما تقدم في سبب الطلاق أنه لا يباح في أى وقت بل عند تحقق الحاجة إلى الخلاص بناء على القول المعول عليه وهو أن الأصل في الطلاق الحظر المنع ولا يباح إلا لحاجة فيه كفران النعمة وقطع المودة المنوه بشرفها في قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (١). وبما أن الخلع من فرق النكاح فيقال فيه ما قيل في الطلاق من أن الأصل فيه الحظر أو الإباحة ويختار القول الأول للأدلة المتقدمة في سبب الطلاق فإذا لم توجد حاجة إليه فلا يجوز .

١٤٧٨ - أما إذا وجدت كما إذا تشاق الزوجان وخافا ألا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ (٢) ، (٣) .

---

(١) الروم : ٢١ . (٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٥) : ١ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلًا لإيقاع الطلاق والمرأة محلًا له .

٢ - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الحادي عشر : المخالعة :

المادة (١٠٢) : أ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلًا لإيقاع الطلاق والمرأة محلًا له .

ب - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

ج - إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيًا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٦) يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبذل وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق .

(مادة ٢٧٤)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْخُلْعِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الْمُخَالِعُ أَهْلًا لِإِيقَاعِ الطَّلَاقِ ، وَأَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَحَلًّا لَهُ (١) .

* * *

١٤٧٩ - وبما أن الخلع فيه إزالة ملك النكاح فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق وهو أن الزوج المخالع لا بد أن يكون بالغا عاقلًا فلو خالع الصغير زوجته فلا يصح ؛ لأن طلاقه غير واقع فكذا خلعه ومثله الكبير غير العاقل كالمجنون والمعتوه فلا يصح خلع كل منهما ومثلهما من اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته.

١٤٨٠ - ويشترط في الزوجة أن تكون محلًّا لإيقاع الطلاق بأن يكون الزواج قائمًا بينها وبين زوجها أو أوقع عليها طلاقًا رجعيًّا أو بائنًا في بعض الصور والعدة باقية فلو انقضت العدة لم تكن محلًّا للخلع ، وقد تقدم شرح ذلك بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢١٧) وما بعدها فارجع إليه أن شئت .

(مادة ٢٧٥)

الْعِوَضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْخُلْعِ ، فَيَقَعُ صَحِيحًا بِهِ وَبِدُونِهِ ، سَوَاءٌ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَدْخُولًا بِهَا أَمْ لا (٢) .

* * *

١٤٨١ - ولا يشترط ذكر العوض في الخلع بل يقع صحيحًا وإن لم يذكر فإذا قال الزوج لزوجته : خالعتك في نظير عشرين جنيهًا مثلًا فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال ، وكذا إذا قال لها : خالعتك فقبلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء كما سيأتي موضحًا في شرح مادة (٢٨٠) ولا يشترط في صحته أن تكون الزوجة مدخولًا بها بل يصح مطلقًا ؛ لأن كلًّا منهما محل لإيقاع الطلاق فتكون محلًّا للخلع .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٨٨/١) : « الخلع : إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع كذا في فتح القدير ، وقد يصح بلفظ البيع والشراء وقد يكون بالفارسية كذا في الظهيرية (وشرطه) شرط الطلاق » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٩٥/١) : « كل من صاحبه وإن لم يكن على الزوج مهر ترد ما ساق إليها من المهر ؛ لأن المال مذكور بذكر الخلع عرفًا كذا في الوجيز للكردري وهكذا في الخلاصة » .

(مادة ٢٧٦)

يَجُوزُ قَضَاءً لِلزَّوْجِ أَنْ يُخَالِعَ زَوْجَتَهُ عَلَى عِوَضٍ أَكْثَرَ مِمَّا سَاقَهُ إِلَيْهَا [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/١٥٠ ، ١٥١) : « وأما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان ذكر في كتاب الطلاق أنها مكروهة وهكذا روي عن علي رضي الله عنه أنه كره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس . وذكر في الجامع الصغير أنها غير مكروهة – وهو عثمان البتي – وبه أخذ الشافعي . وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ، رفع الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه ، فيجب العمل بإطلاق النص ، ولأنها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ ، بخلاف ما إذا كان النشوز من قبله ؛ لأن النشوز إذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال ؛ لأن الظاهر أنها مع رغبتها في الزوج لا تعطي إذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مغترة بأنواع التغرير والتزوير فكره الأخذ .

وجه رواية الأصل : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ نهى عن أخذ شيء مما أعطاها من المهر واستثنى القدر الذي أعطاها من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما نذكر ، والنهي عن أخذ شيء من المهر نهي عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى كالنهي عن التأفيف أنه يكون نهيًا عن الضرب – الذي هو فوقه – بالطريق الأولى . وروي أن رسول الله ﷺ لما قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس : « أتردين عليه حديقته » ، فقالت : نعم وزيادة قال : « **أما الزيادة فلا** » نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله : ﴿ فِيمَا ٱفْتَدَتْ ﴾ قدر المهر لا الزيادة عليه ، وإن كان ظاهره عامًّا عرفنا ببيان النبي ﷺ الذي هو وحي غير متلو ، والدليل عليه أيضًا قوله تعالى : في صدر الآية : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا ﴾ ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها – وهو قوله : ﴿ فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ – مردودًا إلى أولها فكان المراد من قوله ﴿ فِيمَا ٱفْتَدَتْ ﴾ أي : بما آتاها ونحن به نقول : إنه يحل له قدر ما آتاها . وأما قوله : أنها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذاك دليل الجواز ، وبه نقول : إن الزيادة جائزة في الحكم والقضاء ، ولأن الخلع – من جانبها – معاوضة حالة عن الطلاق ، وإسقاط ما عليها من الملك ، ودفع المال عوضًا عما ليس بمال جائز في الحكم إذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى أنه جاز العتق على قليل المال وكثيره ، وأخذ المال بدلًا عن إسقاط الملك والرق ، وكذلك الصلح عن دم العمد ، وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها ، وهو بدل البضع ، فكذا جاز أن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها ؛ لأنه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعًا ، إلا أنه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى في نفس العقد بل المعنى في غيره ، وهو شبهة الربا ، والإضرار بها ، ولا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٤٣٥ ، ٤٣٦) : « (ويصح عوضه) أي الخلع (قليلًا وكثيرًا دينًا وعينًا ومنفعةً) لعموم قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ، ولأنه عقد على منفعة البضع ، فجاز بما =

= ذكر كالصداق ، ويستثنى من إطلاقه المنفعة صورتان : إحداهما الخلع على أنه بريء من سكناها ، ففي البحر يقع الطلاق ولا يجوز البدل ؛ لأن إخراجها من المسكن حرام ، فلها السكنى وعليها مهر المثل . ثانيتهما : الخلع على تعليم شيء من القرآن ، فقضية قولهم في الصداق حيث قالوا بالتعذر : إنه لا يصح (و) يشترط في العوض شروط الثمن من كونه متمولًا معلومًا مقدورًا على تسليمه فعلى هذا (لو خالع بمجهول) كأحد العبدين (أو خمر) معلومة أو نحوها مما لا يتملك (بانت بمهر مثل) لأنه المراد عند فساد العوض (وفي قول ببدل الخمر) وهو قدرها من العصير كالقولين في إصداقها .

تنبيه : أشار بالتمثيل بالخمر إلى النجس المقصود فخرج ما لا يقصد كالدم فإنه يقع رجعيًا ؛ لأنه لم يطمع في شيء . قال الرافعي : وقد يتوقف في هذا ، فإن الدم قد يقصد لأغراض ، ورده ابن الرفعة بأنها أغراض تافهة فهي كالعدم ، ولا يخفى أن خلع الكفار بعوض غير مال صحيح كما في أنكحتهم ، فإن وقع إسلام بعد قبضه كله فلا شيء له عليها ، أو قبل قبض شيء منه فله مهر المثل ، أو بعد قبض بعضه فالقسط ، ولو خالعها على عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة أو معينة فردها ، أو فاتت منها صفة مشروطة فردها رجع عليها بمهر المثل ، والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد ، وقيل : ضمان يد ومحل البينونة بالمجهول إذا لم يكن فيه تعليق ، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة .

أما إذا قال : إن أبرأتني من صداقك ، أو من دينك فأنت طالق فأبرأته وهي جاهلة به لم تطلق ؛ لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق ، قاله السبكي وهو المعتمد وكلام الماوردي يوافقه ، وفي كلام القفال ما يدل عليه ، وفي كلام ابن الصلاح ما يخالفه ، وجرى عليه في الأنوار ، فقال : لو قال : إن أبرأت فأنت طالق ، فأبرأته جاهلة به لم تطلق ، بخلاف إن أبرأتني ، ومحل وقوع الطلاق عند التعليق بالبراءة من الصداق ، أو الدين إذا كان معلومًا ما إذا لم يتعلق بذلك الدين زكاة ، فإن تعلقت به الزكاة وأبرأته لم يقع الطلاق ؛ لأن الطلاق معلق على البراءة من جميع الدين ، والدين قد استحق بعضه الفقراء ، فلا تصح البراءة من ذلك البعض فلم توجد الصفة ، كما لو باع المال الذي تعلقت به الزكاة بعد الحول فإنه يبطل في قدرها ، نبه عليه ابن العماد وهو حسن وإن نظر فيه بعضهم .

فائدة : الإبراء من جهة المبرئ تمليك ، ومن جهة المبرئ إسقاط فيشترط علم الأول دون الثاني ، هذا إذا لم يئل الأمر فيه إلى معاوضة كما هنا وإلا فيشترط علمهما . قال الزركشي في قواعده : أما في الخلع فلا بد من علم الزوج بمقدار ما أبرأته منه قطعًا لأنه يئول إلى المعاوضة . قال : وقد غلط في هذه المسألة جماعة وأخذوا بظاهر كلام الأصحاب أنه لا يشترط علم المبرأ على إطلاقه ، ويستثنى من البينونة بالخمر ما لو خالع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر ، أو المغصوب ، أو عبدها هذا ، أو على صداقها ولم يصرح بنيابة ولا استقلال ، بل أطلق فيقع رجعيًا ، وليس لنا صورة تقع بسبب ذلك رجعيًا ولا مهر سواها » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥١٧/٢ ، ٥١٨) : « (ويجوز الخلع ؛ وهو الطلاق بعوض) : أي في نظير عوض قل أو كثر ، ولو زاد على الصداق بأضعاف إن كان العوض منها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٧/٧) : « (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها) هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق ، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح . وهذا قول أكثر أهل العلم . روي =

١٤٨٢ - ومتى رضي الزوجان بالخلع في نظير مبلغ معلوم وقع الطلاق البائن ولزم الزوجة دفع المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ أقل مما أعطاه لها من المهر أو مساويًا له أو أكثر منه وسواء كان المتسبب في الفرقة هو الزوج والزوجة أو كلا منهما .

١٤٨٣ - وكل هذا بالنسبة لقضاء القاضي بمعنى أنه إذا رفع الأمر إليه نفذ ما اتفقا عليه قهرًا عن الممتنع منهما ؛ لأن كلًّا منهما رضي بذلك فلا حق له في الامتناع بعد الرضا هكذا قال الفقهاء ولكن بالنسبة للديانة أى المعاملة بين الشخص وبين اللّٰه تعالى لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون النشوز آتيًا من جهة الزوجة .

الثاني : أن يكون من جهتهما .

الثالث : أن يكون من جهته .

١٤٨٤ - فإن كان الأول بأن استعصت عليه وأبغضته فلم تمتثل لأوامره ، وطلبت الفرقة حصل الخلع على مال معلوم فإن كان أقل من المهر أو مساويًا له فلا خلاف وجواز أخذ الزوج له ، وإن كان أكثر فبعضهم يقول : يجوز أخذ الزائد ؛ لأنها رضيت

= ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها ، وعقاص رأسها كان ذلك جائزًا . وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاها . وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع . واختاره أبو بكر ، قال : فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب ، قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئًا . واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ ، فقالت : واللّٰه ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيقه بغضًا . فقال لها النبي ﷺ : « أتردين عليه حديقته ؟ » ، قالت : نعم . فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ، ولا يزداد . رواه ابن ماجه . ولأنه بدل في مقابلة فسخ ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد ، كالعوض في الإقالة . ولنا ، قول اللّٰه تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان ﷺ . ومثل هذا يشتهر ، فلم ينكر ، فيكون إجماعًا ولم يصح عن علي خلافه . فإذا ثبت هذا ؛ فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها . وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز مع الكراهية ، ولم يكرهه أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق . ولنا : حديث جميلة . وروي عن عطاء عن النبي ﷺ « أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها » . رواه أبو حفص بإسناده . وهو صريح في الحكم ، فنجمع بين الآية والخبر ، فنقول : الآية دالة على الجواز ، والنهي عن الزيادة للكراهية » .

به فتؤمر بإعطائه ، ولأن قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ . يدل على ذلك ؛ لأنه إذا جاز أخذ ما اتفقا عليه ولو كثر عند حصول النشوز منهما فلأن يجوز عند حصوله منها وحدها من باب أولى .

١٤٨٥ - وبعضهم لا يجوز أخذ الزيادة مستدلًّا بما روي عن النبي ﷺ وهو أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق لكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه . فقال : « **أتردين عليه حديقته التي أصدقك ؟** » [(١)] . قالت : نعم وزيادة ، فقال ﷺ : « **أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته** » فأخذها وخلى سبيلها .

١٤٨٦ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان النشوز من جهتهما بأن كره كل منهما صاحبه وأراد مفارقته ؛ فالحكم كما تقدم في الحالة الأولى بل بالأولى عند من يقول بعدم جواز أخذ الزيادة ؛ لأنه إذا لم يجز أخذها مع كون النشوز منها وحدها فمن باب أولى ما إذا كان النشوز منهما .

١٤٨٧ - وإن كان الثالث ، وهو ما إذا كان النشوز من جهته ؛ فلا يجوز له أخذ شيء ولو كان قليلًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔاۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴾ [(٢)]. قال في البحر : والحق أن الأخذ في هذه الحالة حرام قطعًا لقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔاۚ ﴾ ولا يعارض بالآية الأخرى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [(٣)] ؛ لأن تلك إذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما إذا خافا ألا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط على أنهما لو تعارضا كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل إضرارًا وتضييقًا ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ ﴾ [(٤)] .

١٤٨٨ - فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حرامًا إلا أنه لو أخذ

---

(١) سنن الدارقطني (٣/١٧٨) .
(٢) النساء : ٢٠ ، ٢١ .
(٣) البقرة : ٢٢٩ .
(٤) البقرة : ٢٣١ .

جاز في الحكم أن يحكم بصحة التمليك وإن كان بسبب خبيث .

وأنت خبير بعد كل ما تقدم من الأدلة أن العمل بالديانة أولى من العمل بالقضاء ولم لم يقض القاضي بأحكام الديانة العادلة وبذلها العوض لا يدل على الرضا ؛ لأنها تريد الخلاص منه متى أساء عشرتها بأي طريق فتكون مكرهة يحل للزوج أخذ ما التزمت به (١) .

(مادة ٢٧٧)

كُلُّ مَا صَلُحَ مِنَ الْمَالِ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا ، صَلُحَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا لِلْخُلْعِ (٢).

* * *

١٤٨٩ - وبدل الخلع لا يشترط فيه أن يكون من الذهب أو الفضة بل الشرط أن يكون مما يصلح تسميته مهرًا وهو أن يكون مالًا مقومًا سواء كان من العقار كبيت مثلًا أو من المنقول كعشرين أردبًا من البر ، أو قنطارًا من القطن ، أو خاتمًا من ألماس مثلًا ، فإذا قالت المرأة لزوجها : خالعني في مقابلة هذا البيت أو في نظير الأرادب من القمح ، أو القناطير من القطن ففعل صح الخلع ووقع الطلاق البائن ولزمها أن تسلم للزوج ما عين في العقد إذا هو مال متقوم تصلح تسميته مهرًا فصح تسميته عوضًا للخلع .

١٤٩٠ - ولا يشترط أيضًا في بدل الخلع أن يكون عينًا بل أن يكون دينًا وأن يكون منفعة فإذا خالعها في نظير مهرها الذي تستحقه عنده صح الخلع وسقط المهر .

١٤٩١ - ومثله ما إذا كان الدين غير المهر وإذا خالعها في نظير أن تعطيه أرضها الفلانية لينتفع بها في مدة معلومة فقبلت صح الخلع أيضًا ولزمها تسليم الأرض لينتفع

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٧) : كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون بدلًا في الخلع .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : بدل الخلع : المادة (١٠٤) : كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون بدلًا في الخلع .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (١/٧٦٠) : « (وما صلح) أن يكون (مهرًا صلح) أن يكون (بدلًا للخلع) سواء كان معينًا فيأخذه لا غير أو غير معين معلوم فيأخذه وسطًا أو مجهولًا فيرجع عليها بمهرها كما في القهستاني ، وهذا الأصل لا ينافي العكس حتى جاز ما لا يصلح مهرًا كالأقل من العشرة ، وكذا ما في يدها وبطون غنمها أو جاريتها من الولد أو ضروع غنمها من اللبن أو نخيلها من الثمار ؛ لأن المراد منه بيان الجنس لا بيان القدر فلا يضر » .

بها الزمن المعين ، فإذا كان الشيء المشروط بدلًا للخلع لا يصلح تسميته مهرًا فلا يخلو حاله أحد أمرين :

الأول : أن يكون عدم الصحة آتيًا من جهة كونه أقل من عشرة دراهم .

الثاني : أن يكون آتيًا من جهة كونه غير مال في حق المسلمين كالخمر والخنزير .

١٤٩٢ - فإن كان الأول : صحت التسمية ؛ لأنه يقال : كل ما صلح من المال أن يكون مهرًا صلح أن يكون بدلًا للخلع ، ولا يقال ما يصلح من المال أن يكون بدل خلع يصلح أن يكون مهرا ، بل يقال : بعض ما يصلح أن يكون بدلًا للخلع يصلح أن يكون مهرًا فإذا خالعت المرأة زوجها في نظير خمسة دراهم صح الخلع ولزمها هذا المبلغ بلا زيادة عليه بخلاف ما إذا تزوجها على هذا المبلغ فإنه تكمل لها عشر دراهم ؛ لأنها أقل المهر كما تقدم .

١٤٩٣ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان عدم صحة التسمية آتيًا من جهة كون المسمى غير مال في حق المسلمين وقع الطلاق البائن ، ولا يلزمها شيء فإذا قالت امرأة لزوجها : خالعني على هذا الدن من الخمر أو على هذا الخنزير فخالع وقع الطلاق بائنًا ولا يلزمها المسمى ولا غيره .

١٤٩٤ - أما وجه وقوع الطلاق : فلأنه معلق بالقبول وقد وجد فيقع ولا يجب عليها شيء ؛ لأنها لم تسم شيئًا متقومًا لتصير غارَّة له ولا وجه لإلزام المسمى ؛ لأنه يمنع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا وجه لإلزام غير المسمى لعدم الالتزام [1] .

(مادة ٢٧٨)

يَقَعُ بِالْخُلْعِ طَلاقٌ بَائِنٌ ، سَوَاءٌ كَانَ بِمَالٍ أَوْ بِغَيْرِ مَالٍ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلاثِ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ [2] .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٢٥) يعتبر الخلع فسخًا لا ينقص من عدد الطلقات . المادة (١٢٩) يقع الطلاق على مال بائنا فإذا بطل البدل وقع رجعيا .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٦٨ ، ٢٦٩) : » (الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن) يعني الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح إذا كان بعوض يكون بائنًا ؛ لأن الزوج ملك العوض فوجب أن تملك =

= هي المعوض تحقيقًا للمساواة وذلك بالبائن ، وكذا إذا وقع بلفظ البيع أو المبارأة كان بائنًا ؛ لأنه معاوضة ، ولهذا يشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة على ما تقدم ، ولو قال : لم أعن الطلاق لم يصدق ؛ لأن ذكر العوض أمارة صادقة على أن مراده الطلاق ، ولو لم يذكر العوض يصدق في لفظ الخلع والمبارأة ؛ لأنهما كنايتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع ، لأنه خلاف الظاهر ، وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق يروى ذلك عن ابن عباس ، استدل عليه بقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ بعد قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ إلى أن قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ فلو كان الخلع طلاقًا لصارت التطليقات أربعًا ، ولأن النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار العتق وعدم الكفاءة والبلوغ فكذا بالتراضي .

ولنا : ما روينا وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفًا ومرفوعًا ، ولأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ، ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بخلاف البيع وبخلاف ما ذكر من الصور ؛ لأنه فسخ قبل التمام والكلام فيما بعده ، ولأن ملك النكاح ثابت ضرورة فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء ولا حاجة إلى اعتباره في حق الفسخ ، ولأن لفظ الخلع كناية فوجب أن يكون طلاقًا كما إذا لم يسم مالًا ، وقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة ذكره في المبسوط والآية تشهد لنا ؛ لأن الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض أولًا بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ الآية ثم ذكر الافتداء بعد ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك أن فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الأول بعينه لكنه بعوض ثم حرمها عليه بطلقة بعد ذلك فكأنه شرع طلقتين بغير عوض ثم نفى الجناح عن أخذ العوض عنهما ، ولهذا اكتفى بذكر فعلها في الافتداء وإلا لذكر فعله ؛ لأن الافتداء لا يتم بفعلها وحدها أو نقول ذكر الطلقتين أولًا ثم طلقة بعوض وبغير عوض فتكون الآية حجة عليه في هذا وفي قوله المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق .

قال ﷀ : (ولزمها المال) ؛ لأنه لم يرض بخروج البضع عن ملكه إلا به وهو يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالًا كحق القصاص فوجب بالتزامها له قال ﷀ : (وكره له أخذ شيء إن نشز) يعني يكره له أن يأخذ منها شيئًا إن كان النشوز من قبله ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ ، ولأنه أوحشها بالفراق فلا يزيد على إيحاشها بأخذ المال . قال ﷀ : (وإن نشزت لا) أي وإن كان النشوز من قبلها لا يكره له الأخذ ، وهذا بإطلاقه يتناول القليل والكثير وإن كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور في الجامع الصغير ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ .

وقال القدوري : إن كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وهو المذكور في الأصل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس حين أرادت الفرقة : « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم ، وزيادة فقال عليه الصلاة والسلام : « أما الزيادة فلا » وقد كان النشوز منها ، ولو أخذ الزيادة جاز قضاء وكذا إذا أخذ شيئًا والنشوز منه ؛ لأن مقتضى قوله تعالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ الجواز حكمًا والإباحة وقد ترك العمل به في حق الإباحة لمعارض وهو قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ . وقوله عليه الصلاة والسلام : « أما الزيادة فلا » فبقي معمولًا به في الباقي وهو الصحة فإن قيل النهي عن الأفعال الحسية يقتضي عدم المشروعية ، فكيف يصح أخذ بعد النهي ، قلنا : النهي ورد لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش فلا ينافي =

= المشروعية كالبيع عند النداء ، وهذا لأنها تصرفت في خالص حقها باختيارها فوجب القول بصحته تصحيحًا لتصرف العاقل وتوفيقًا بين النصوص قال ﷺ : (وما صلح مهرًا صلح بدل الخلع) ؛ لأن ما صلح أن يكون عوضًا للمتقوم أولى أن يصلح عوضًا لغير المتقوم ، وهذا لأن البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ، ولهذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها ، وكذا لو تزوج المريض بمهر مثلها يعتبر من جميع المال ، ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث حتى يكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث ومن الثلث إذا ماتت وهي في العدة ، وإن ماتت بعد انقضائها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث ؛ لأن البضع لا قيمة له حالة الخروج فيعتبر بالتبرع ، ولهذا لا يضمن لو أخرجته عن ملكه بردتها أو تقبيلها ابنه أو نحو ذلك أو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج شيء على المتلف ، ولو كان متقومًا لوجب ، وقوله : وما صلح مهرًا صلح بدل الخلع ، لا ينافي العكس حتى جاز ما لا يصلح مهرًا أيضًا كالأقل من العشرة وكما في يدها وبطن غنمها ونحو ذلك » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٤٣/٤) : « (وإذا خالع أو طلق) زوجته (بعوض) صحيح أو فاسد ، سواء جعلنا الخلع طلاقًا أم فسخًا (فلا رجعة) له عليها ؛ لأنها بذلت المال لتتملك بضعها فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه (فإن شرطها عليها) كخالعتك أو طلقتك بدينار على أن لي عليك الرجعة (فرجعي) يقع في المسألتين ؛ لأن شرط الرجعة والمال متنافيان فيسقطان ويبقى مجرد الطلاق ، وقضيته ثبوت الرجعة ، ولا حاجة بعد رجعي ؛ لقوله (ولا مال) ولو عبر بالمذهب لكان أولى لنقله في الروضة القطع به عن الجمهور (وفي قول) يقع الطلاق (بائن بمهر مثل) لأن الخلع لا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، وكلامه يشعر بأن هذا القول منصوص . وقال الشيخ أبو حامد وغيره : إنه مخرج . تنبيه : قد يدخل في كلامه ما لو خالعها بعوض على أنه متى شاء رده وكان له الرجعة ، وقد نص الشافعي فيه على البينونة بمهر المثل ؛ لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٥/٤) : « وحيث وقع الطلاق على عوض ولو صورة بانت المرأة تم العوض للزوج أم لا في جميع ما مرّ وما يأتي إلا في صورة واحدة قالها في الجواهر وهي لو قال لها : إن أعطيتني هذا وأشار لحر ، وهو يعلم بأنه حر فأعطته فإن الطلاق رجعي .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٩٢/٨) : « (والخلع طلاق بائن ، إلا أن يقع بلفظ « الخلع ، أو الفسخ ، أو المفاداة » ولا ينوي به الطلاق : فيكون فسخًا . لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين) . الصحيح من المذهب : أن الخلع فسخ . لا ينقص به عدد الطلاق ، بشرطه الآتي . وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : هذه الرواية هي المشهورة في المذهب ، واختيار عامة الأصحاب متقدمهم ومتأخرهم . قال في الخلاصة : فهو فسخ في الأصح . قال في البلغة : هذا المشهور . قال في المحرر ، والحاوي الصغير : وهو الأصح . قال في تجريد العناية : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في الوجيز والمنور ومنتخب الأدمي . ونظم المفردات ، وغيرهم . وقدمه في الرعايتين وإدراك الغاية والفروع وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . والرواية الثانية : أنه طلاق بائن بكل حال . وقدمه في المحرر والحاوي . وأطلقهما في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والمغني والكافي والهادي والشرح ، وغيرهم » .

١٤٩٥ - والطلاق الواقع بالخلع يكون بائنًا سواء كان الخلع بمال أو بغير مال ؛ لأنه إن كان بمال كما إذا قال الزوج لزوجته خالعتك في نظير خمسين جنيهًا فقبلت فالأمر ظاهر ، لأنها إنما بذلت المال لتملك عصمتها والله تعالى شرع الافتداء لذلك إذا لو كان رجعيًا لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك فكان يجوز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة رضيت أو لم ترض فلم تحصل على مقصودها فوجب أن يكون بائنًا .

١٤٩٦ - وإن لم يكن بمال فالواقع بائن أيضًا ؛ لأن لفظ الخلع في الأصل من الكنايات ومتى وقع الطلاق بلفظ منها كان بائنًا إلا الألفاظ الثلاثة المتقدمة وليس هذا منها ، وبما أن البائن ينقسم إلى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فأيهما نواه صح ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته .

١٤٩٧ - وهذا الطلاق يقع وإن لم يأذن القاضي بالخلع وهو المعول عليه عند الفقهاء وذهب بعضهم إلى أنه لا بد من إذنه مستدلًا بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ ﴾ (١) . فإنه تعالى شرعه مشروطًا بخوف الأئمة والحكام ؛ إذ هم المخاطبون بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ ﴾ . والإذن لا يكون إلا بعد الترافع إليهم .

١٤٩٨ - وفي الخلع أقوال كثيرة غير المذكورة ، فبعضهم يقول : فسخ لا ينقض عدد الطلاق بشرط عدم نيته ، وبعضهم يقول : إنه طلاق ولكن المعول عليه ما ذكر في هذه المادة من أن الواقع به طلاق بائن من عدم توقفه على القضاء ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **الخلع تطليقة بائنة** » (٢) . روي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفًا عليهم ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ .

(مادة ٢٧٩)

إِذَا أَوْجَبَ الزَّوْجُ الْخُلْعَ ابْتِدَاءً وَذَكَرَ مَعَهُ بَدَلًا ، تَوَقَّفَ وُقُوعُهُ وَاسْتِحْقَاقُ الْبَدَلِ عَلَى قَبُولِ الْمَرْأَةِ بِمَعْنَاهُ ، وَبَعْدَ إِيجَابِ الزَّوْجِ لا يَصِحُّ رُجُوعُهُ عَنْهُ قَبْلَ جَوَابِهَا (٣) .

---

(١) البقرة : ٢٢٩ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي : (٣١٦/٧) ، وسنن الدارقطني : (٤٥/٤ ، ١٣٤).

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٥٩/٢) : « وحكمه من جهة الزوج حكم التعليق ؛ أي طلاق معلق بشرط حتى لا يصح رجوعه عنه ، ولا يجوز له فيه شرط الخيار ، ولا يبطل بإعراضه عنه ويصح تعليقه بالخطر » .

وَهُوَ لا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ حَتَّى لا يَبْطُلَ بِقِيَامِهِ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهَا.

وَيَقْتَصِرُ مَجْلِسُ عِلْمِهَا بِهِ ، فَلا يَصِحُّ قَبُولُهَا بَعْدَ مَجْلِسِ عِلْمِهَا (١) .

فَإِنْ كَانَ الْخُلْعُ بِلَفْظِ : خَلَعْتُكِ . بِلا ذِكْرِ بَدَلٍ ، فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا ، بَلْ يَقَعُ الْبَائِنُ وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الْمُفَاعَلَةِ أَوِ الأَمْرِ أَوْ ذُكِرَ مَعَهُ الْمَالُ ، فَلا بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا (٢) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (١٧٣/٦) : « وإن قال لامرأته : قد خالعتك ، أو بارأتك ، أو طلقتك بألف درهم ، فالقبول إليها في مجلسها ، والحاصل أن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها ؛ لأن العوض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق ، وهو محتمل للتعليق بالشرط ؛ ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويصح منه ، وإن كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها ، ثمَّ وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها ؛ لأنها تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها ، فكذلك تقدر على القبول قبل ذلك ، والذي من جانبها في الخلع التزام المال فيكون بمنزلة البيع والشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى إذا بدأت فقالت : اخلعني ، أو بارئني ، أو طلقني بألف درهم ؛ فإنه يبطل بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج ، وكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل إيجاب البيع بقيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر ، وكذلك إن كان الزوج غائبًا حين قالت هذه المقالة ، لا تتوقف على قبوله ، إذا بلغه كما لا يتوقف إيجاب البيع على قبول المشتري إذا كان غائبًا » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٤٥/٣ ، ١٤٦) : « الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة ، وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام ، فجملة الكلام فيه : أن العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع ، وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء ، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بصيغة الأمر أو بصيغة الاستفهام ، فإن كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر يتم إذا كان البدل معلومًا مذكورًا بلا خلاف بأن قال لها : اخلعي نفسك مني بألف درهم ، فتقول : خلعت . وإن لم يكن البدل مذكورًا من جهة الزوج بأن قال لها : اخلعي نفسك مني ، فقالت : خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج : خلعت ، والفرق : أن الأمر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها . والواحد يتولى الخلع من الجانبين وإن كان هذا النوع معاوضة - والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع - ؛ لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا ؛ لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الوكيل ؛ ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلًا من الجانبين في باب النكاح وفي المسألة الأولى لا يمكن جعل الأمر بالخلع توكيلًا لجهالة البدل فلم يصح التوكيل ، فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيدًا ومستنقصًا وهذا لا يجوز ، وإن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها : أخلعت نفسك منى بألف درهم ، فقالت : خلعت ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يتم العقد . وقال بعضهم : لا يتم ما لم يقبل الزوج ، وبعضهم فصل ، فقال : إن نوى به التحقيق يتم ، وإن نوى به السوم لا يتم ؛ لأن قوله : أخلعت نفسك مني ، يحتمل السوم ، بل ظاهره السوم ؛ لأن معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك منى فلا يصرف إلى التحقيق إلا بالنية فإذا نوى يصير بمعنى التوكيل والأمر وإن كان بلفظ البيع =

= والشراء بأن قال الزوج لها : اشتري نفسك مني ؛ فإن ذكر بدلًا معلومًا بأن قال : بألف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد .
وقال بعضهم : لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت والأول أصح ؛ لأنه إذا ذكر بدلًا معلومًا صح الأمر والتوكيل والواحد يصلح وكيلًا من الجانبين في الخلع لما بينا . وكذا إذا قال لها بالفارسية : خويشتن أزمن نجر بهزاردم يابكايين وهر نيه وعدت له واجب شودا ازبس طلاق ، فقالت : خريدم ، فهو على هذا ، وإن لم يذكر البدل - بأن قال لها : اشتري نفسك مني ، فقالت : اشتريت - لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت ، وكذلك إذا قال بالفارسية : خويشتن ارمننجر ، فقالت : خريدم ، ولم يقل الزوج : فروختم ، لا يتم الخلع ، ولا تطلق حتى يقول الزوج : فروختم ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال لها بلفظة الخلع : اخلعي نفسك منى ونوى الطلاق ، فقالت : خلعت ، أنها لا تطلق ؛ لأن قوله : لها اخلعي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وإنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والأمر فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها : اشتري نفسك خويشتن ازمننجر أمر بالخلع بعوض ، والعوض غير مقدر فلم يصح الأمر .
وإن كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها : ابتعت نفسك مني ، ، فإن ذكر بدلًا معلومًا بأن قال : بألف درهم أو قال : بمهرك ونفقة عدتك فقالت : ابتعت ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد . وقال بعضهم : لا يتم ، ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وقال أبو بكر الإسكاف : يتم ويقع الطلاق . وقال بعضهم : لا يتم إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية ، والفرق بين الاستفهام والأمر على نحو ما بينا أنها بالأمر صارت وكيلة إذ الأمر بالخلع توكيل به - إذا كان البدل مقدرًا - والواحد يصلح وكيلًا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الأمر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزيدًا ومستنقصًا ، وهذا لا يجوز وإن لم يذكر البدل بأن قال لها : ابتعت نفسك مني ، فقالت : ابتعت ؛ لا يتم ما لم يقل الزوج بعت ؛ لأنه لا يتم في الأمر ، فلأن لا يتم في الاستفهام أولى ، وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد أن كان من أهل القبول ؛ لأنها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل من غير أن تملك بمقابلته شيئًا بخلاف ما إذا اشترى لإنسان شيئًا ، على أن البدل عليه إن ذلك لا يجوز ؛ لأن هناك الأجنبي ليس في معنى المشتري ؛ لأن المشتري يملك بمقابلة البدل شيئًا والأجنبي لا ، فلا يجوز إيجابه على من لا يملك بمقابلته شيئًا ، والحاصل : أن الأجنبي إذا قال للزوج : اخلع امرأتك على أني ضامن لك ألفًا ، أو قال : على ألف هو علي ، أو قال : على ألفي هذه ، أو عبدي هذا ، أو على هذه الألف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع ، واستحق المال ، ولو قال : على ألف درهم ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٣٩/٤ ، ٤٤٠) : « (الفرقة بلفظ الخلع طلاق) ينقص العدد كلفظ الطلاق ؛ لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ الآية ، فدل على أنه ملحق بهما ، ولأنه لو كان فسخًا لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن (وفي قول : فسخ لا ينقص عددًا) ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر ؛ لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسخًا كشراء زوجته ، وهذا القول منسوب إلى القديم ، وفي نص عليه في الأم أنه لا يحصل به شيء ، لا فرقة طلاق ولا فسخ ، وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق إذا كان بعوض ، فإنه يكون طلاقًا =

= قطعًا ، وكذا إن قصد بلفظ الخلع الطلاق ، أو اقترن بلفظ الخلع طلاق كخالعتك على طلقة بألف . قال الفوراني : وإذا نوى بالخلع عددًا إن جعلناه طلاقًا وقع ما نواه ، أو فسخًا فلا لأنه لا يتعدد (فعلى الأول) وهو أن الخلع طلاق (لفظ الفسخ) كفسخت نكاحك بكذا فقبلت (كناية) فيه ؛ لأنه لم يرد في القرآن ولم يستعمل عرفًا فيه فلا يكون صريحًا فلا يقع الطلاق فيه بلا نية .

تنبيه : ليس المراد أن لفظ الفسخ كناية في لفظ الخلع ، إذ اللفظ لا يكنى به عن لفظ آخر ، بل المراد أنه كناية في الفرقة بعوض التي يعبر عنها بلفظ الخلع ويحكم عليها بأنها طلاق . (والمفاداة) كفاديتك بكذا حكمها (كخلع) في صراحته الآتية (في الأصح) لورود لفظة المفاداة في القرآن . قال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ والثاني : أنه كناية ؛ لأنه لم يتكرر في القرآن ولم يشتهر على لسان حملة الشريعة (ولفظ الخلع صريح) في الطلاق فلا يحتاج معه لنية ؛ لأنه تكرر على لسان حملة الشرع لإرادة الفراق فكان كالتكرر في القرآن ، وهذا ما صرح به البغوي والنشائي ، وصاحب الأنوار والإسنوي والبلقيني ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكر معه مال أم لا (وفي قول) هو (كناية) فيه يحتاج لنية الطلاق حطًّا له عن لفظ الطلاق المتكرر في القرآن ولسان حملة الشريعة ، ولأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هذا منها ، وهذا ما نص عليه في مواضع من الأم .

وقال القاضي الحسين وغيره : إنه ظاهر المذهب ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكر معه مال أم لا ، والأصح كما في الروضة : أن الخلع والمفاداة إن ذكر معهما المال فهما صريحان في الطلاق ؛ لأن ذكره يشعر بالبينونة وإلا فكنايتان (فعلى الأول) وهو صراحة الخلع (لو جرى بغير ذكر مال) مع زوجته بنية التماس قبولها ولم ينف العوض كأن قال : خالعتك أو فاديتك ونوى التماس قبولها فقبلت بانت ، و (وجب مهر مثل في الأصح) لاطراد العرف بجريان ذلك بعوض فيرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل ؛ لأنه المراد كالخلع بمجهول ، فإن جرى مع أجنبي طلقت مجانًا كما لو كان معه العوض فاسد ، ولو نفى العوض ، فقال : خالعتك بلا عوض وقع رجعيًا ، وإن قبلت ونوى التماس قبولها فإن لم تقبل لم تطلق ، وإن قبلت ولم يضمر التماس جوابها ونوى الطلاق وقع رجعيًا ولا مال . تنبيه : قضية كلام المصنف وقوع الطلاق جزمًا وهو مخالف لما مرَّ عن الروضة من كونه كناية على الأصح كذا نبه عليه ابن النقيب وغيره . قال الجلال البلقيني : والحق أنه لا منافاة بينهما فإنه ليس في المنهاج أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مراده أنه جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران النية به ا هـ . وهو جمع حسن ؛ لأن الجمع إذا أمكن كان أولى من تضعيف أحد الجانبين مع أن ظاهر إطلاق الكتاب ليس مرادًا قطعًا ، إذ لا بد من هذه القيود المذكورة التي قيدت بها كلامه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٥٠ ، ٢٥١) : « وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية ؛ فالصريح ثلاثة ألفاظ ؛ خالعتك ؛ لأنه ثبت له العرف . والمفاداة ؛ لأنه ورد به القرآن ، بقوله سبحانه : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ وفسخت نكاحك ؛ لأنه حقيقة فيه ، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ ، وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل : بارأتك ، وأبرأتك ، وأبنتك . فهو كناية ؛ لأن الخلع أحد نوعي الفرقة ، فكان له صريح وكناية ، كالطلاق . وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين ، فإذا طلبت الخلع ، وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع أو كنايته ، صح من غير نية ؛ لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض ، صارفة إليه ، =

١٤٩٩ - والخلع لا ينفرد به أحد الزوجين بل لا بد من رضاهما ؛ لأن كلًّا منهما له شأن إذ به يسقط ما للزوج من الحقوق فلا بد من رضاه ويلزم الزوجة العوض فيشترط رضاها ؛ فهو كالعقود من هذه الجهة وليس إسقاطًا محضًا حتى ينفرد الزوج فاذا قال لها : خالعتك في نظير أربعين جنيهًا مثلًا ، ولم تقبل فلا يقع طلاق ولو قالت له : اختلعت نفسي منك بكذا ، فلا يقع إلا إذا رضي بذلك وبما أنه لا يتم إلا برضاهما فلا بد فيه من إيجاب وقبول وحينئذ فإما أن يكون الموجب هو الزوج أو الزوجة .

١٥٠٠ - فإن كان الموجب هو الزوج فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأول : أن يكون الخلع بلفظ المفاعلة : خالعتك .

= فأغنى عن النية فيه ، وإن لم يكن دلالة حال ، فأتى بصريح الخلع ، وقع من غير نية ، سواء قلنا : هو فسخ أو طلاق . ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما ، ككنايات الطلاق مع صريحه . ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ، من غير لفظ الزوج . قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون . وقد أومأ إليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب ، إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض . وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز ، واستفتي عليه من كان ببغداد من أصحابنا ، فقال ابن شهاب : المختلعة على وجهين ، مستبرئة ، ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول : لا أنا ولا أنت ، ولا أبرُّ لك قسمًا ، وأنا أفتدي نفسي منك . فإذا قبل الفدية ، وأخذ المال ، انفسخ النكاح ؛ لأن إسحاق بن منصور روى ، قال : قلت لأحمد : كيف الخلع ، قال : إذا أخذ المال فهي فرقة . وقال إبراهيم النخعي : أخذ المال تطليقة بائنة . ونحو ذلك عن الحسن ، وعن علي ﷺ من قبل مالًا على فراق ، فهي تطليقة بائنة ، لا رجعة له فيها . واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة : « أتردين عليه حديقته ؟ » ، قالت : نعم ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما . وقال : « خذ ما أعطيتها ولا تزدد » ولم يستدع منه لفظًا . ولأن دلالة الحال تغني عن اللفظ ؛ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك ، فعملاه ، استحقا الأجرة ، وإن لم يشترطا عوضًا .

ولنا : أن هذا أحد نوعي الخلع ، فلم يصح بدون اللفظ ، كما لو سألته أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف في البضع بعوض ، فلم يصح بدون اللفظ ، كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض ، فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب ، كقبض أحد العوضين في البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقًا ، فلا يقع بدون صريحه أو كنايته ، وإن كان فسخًا فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ ، كابتداء العقد .

وأما حديث جميلة ، فقد رواه البخاري : (اقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة) . وهذا صريح في اعتبار اللفظ . وفي رواية : فأمره ففارقها . ومن لم يذكر الفرقة ، فإنما اقتصر على بعض القصة ، بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق ، فإن القصة واحدة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، ويدل على ذلك : أنه قال : ففرق النبي ﷺ بينهما ، وقال : « خذ ما أعطيتها » . فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبي ﷺ أمر به ، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ؛ لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ، ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظًا ولا دلالة حال ، ولا بد منه اتفاقًا .

الثاني : أن يكون بلفظ فعل الأمر : اخلعي نفسك .

الثالث : أن يكون بلفظ الفعل الماضي : خلعتك .

وفي كل من الأحوال الثلاثة إما أن يكون بدلًا أو لا ، فالصور ستة .

١٥٠١ - فإذا كان بلفظ المفاعلة ؛ فلا يقع الطلاق إلا إذا قبلت سواء ذكر بدلًا ، أو لم يذكر ؛ لأنه أن ذكر بدلًا بأن قال لها : خالعتك في نظير خمسين جنيهًا مثلًا ؛ فقد علق طلاقها على التزامها بدفع هذا المبلغ ، فلا بد من رضاها به ، وإن لم يذكر بدلًا فصيغة المفاعلة لا تكون إلا بين اثنين فلا يستقل بها واحد فلا بد من اشتراكها معه بالقبول .

١٥٠٢ - وإن كان بلفظ فعل الأمر فكذلك ؛ لأنه إن ذكر البدل فكأن الطلاق معلق على التزامها بدفعه ، فلا بد منه حتى يلزم وإن لم يذكر البدل بقي الأمر فإن امتثل المأمور لما أمر به نفذ وإن لم يمتثل فلا ينفذ .

١٥٠٣ - وإن كان بصيغة الفعل الماضي فإن ذكر بدلًا توقف وقوع الطلاق على القبول لما ذكر وإن لم يذكر بدلًا وقع وإن لم تقبل لعدم احتياجه إلى المشاركة كما في المفاعلة ولا إلى الإتيان بالمأمور به كما في الأمر ، وحينئذٍ يستقل به الزوج ، ويكون في هذه الحالة طلاقًا بائنًا محضًا فلا يترتب عليه شيء من إسقاط الحقوق المترتبة على الخلع فقد علمت أن الطلاق يقع وإن لم تقبل في صورة واحدة ويتوقف وقوعه على القبول في خمس صور .

١٥٠٤ - وأما إذا كانت الزوجة هي الموجبة ، فالصور ست أيضًا ؛ لأنها إما أن تقول : خالعني بصيغة المفاعلة ، أو : اخلعني بصيغة الأمر بلا مفاعلة ، أو : اختلعت منك بصيغة الماضي وفي كل إما أن تذكر بدلًا أو لا وهنا لا بد في وقوع الطلاق من قبول الزوج في كل الصور ؛ لأنه هو المالك للعصمة فلا بد من رضاه بإسقاط حقه .

١٥٠٥ - والخلع وإن كان لا يتم إلا بإيجاب وقبول ولكن الإمام الأعظم لا يقول معاوضة من جانب الزوجين بل هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من الزوجة فإذا قال الزوج لزوجته خالعتك : في نظير كذا فكأنه قال لها : قبلت أن تلتزمي لى بدفع هذا المبلغ فأنت طالق فإن قبلت فكأنها قالت : اشتريت عصمتي منك بهذا المبلغ وحينئذ تراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام معاوضة من جانبها .

١٥٠٦ - ويبني على كون الخلع يمينًا من جانب الزوج المسائل الآتية :

أولًا : أن الزوج إذا أوجب الخلع ابتداء بأن قال لها : خالعتك في نظير كذا فلا يصح

رجوعه عنه قبل جواب الزوجة ؛ لأنه تعليق للطلاق بقبول المال فكأنه قال لها : إن قبلت أن تدفعي إليَّ كذا فأنت طالق ولو كان معاوضة من جانبه لصح رجوعه قبل قبولها وحينئذ لا يملك نهي المرأة عن القبول .

ثانيًا : إن قام من المجلس الذي أوجب فيه قبل أن تجيب الزوجة فلا يبطل الإيجاب ولو كان معاوضة لبطل بقيامه .

ثالثًا : لا يصح أن يجعل الزوج لنفسه خيار الشرط فإذا قال لها : خالعتك في نظير كذا على أني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت وقع الطلاق في الحال ولزمها المال وليس له بعد ذلك أن يرده ؛ لأن خيار الشرط لا يدخل في الأيمان .

رابعًا : له أن يعلقه على شرط مثل إذا تزوجت عليك أو إن غبت عنك فقد خالعتك في نظير كذا .

خامسًا : للزوج أن يضيفه إلى زمن مستقبل ، كقوله : خالعتك بعد شهر نظير كذا فإن قبلت بعد حصول مدلول فعل الشرط في الأول وانقضاء الوقت المعين في الثاني صح القبول ووقع الطلاق البائن وليس لها أن تقبل قبلهما ؛ لأنه تطليق معلق على قبولها عند وجود الشرط والوقت ؛ فيكون قبولها قبل ذلك لغوًا .

١٥٠٧ - وينبني على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة المسائل الآتية :

١٥٠٨ - **أولًا** : أنها لا بد أن تكون عالمة بمعناه ؛ لأن المعاوضة يشترط فيها ذلك فإذا لقنها معنى خالعني على كذا بلغة لا تعرفها فقالت كما قال ، وخالع فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال .

١٥٠٩ - **ثانيًا** : أن الزوجة إذا كانت حاضرة في مجلس الخلع فلا بد من قبولها فيه وإن كانت غائبة يشترط قبولها في المجلس الذي علمت فيه بالخلع فإن قامت منه قبل قبولها فليس لها القبول بعده كما في سائر المعاوضات .

١٥١٠ - **ثالثًا** : إذا أوجبت الخلع ابتداء وقامت من المجلس الذي أوجبته فيه أو قام الزوج منه قبل قبوله بطل الإيجاب فليس له أن يقبل بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذي صدر فيه الإيجاب .

١٥١١ - **رابعًا** : لها أن تحفظ لنفسها الحق في مدة معينة بين القبول والرد ، فإذا قال لها : خالعتك في نظير كذا ، فقالت : قبلت على أني بالخيار ثلاثة أيام ، أو قالت خالعني على كذا ولي الخيار مدة كذا فقبل الزوج صح هذا الشرط فلها في أثناء هذه المدة أن ترد وحينئذٍ لا يقع الطلاق فلا يلزمها المال ولها أن تقبل ، فيقع الطلاق ، ويلزمها بدل الخلع ، ومثله ما إذا مضت المدة المعينة ولم يصدر منها رد أو قبول .

(مادة ٢٨٠)

إِذَا أَوْجَبَتِ الْمَرْأَةُ الْخُلْعَ ابْتِدَاءً ، بِأَنْ قَالَتِ : اخْتَلَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِكَذَا ؛ فَلَهَا الرُّجُوعُ عَنْهُ قَبْلَ جَوَابِ الزَّوْجِ .

وَيَقْتَصِرُ على المجلسِ ، فَيَبْطُلُ بِقِيَامِهَا أَوْ قِيَامِهِ عَنْهُ قَبْلَ الْقَبُولِ . وَلَوْ قَبِلَ بَعْدَهُ ، لا يَصِحُّ قَبُولُهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٤٤٢/٣ ، ٤٤٣) : « (و) شرطه كالطلاق وصفته ما ذكره بقوله (وهو يمين في جانبه) لأنه تعليق الطلاق بقبول المال (فلا يصح رجوعه) عنه (قبل قبولها ، ولا يصح شرط الخيار له ، ولا يقتصر على المجلس) أي مجلسه ، ويقتصر قبولها على مجلس علمها (وفي جانبها معاوضة) بمال (فصح رجوعها) قبل قبوله (و) صح (شرط الخيار لها) ولو أكثر من ثلاثة أيام بحر (ويقتصر على المجلس) كالبيع » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٤٣/٣) : « (القسم الثاني أن تبدأ هي فتسأل الطلاق بعوض كطلقني بألف أو متى طلقتني فلك ألف) ويجيبها (سواء علقت) كما في الصورة الثانية (أو نجزت) كما في الأولى وهذا لا حاجة إليه (فهو معاوضة) لملكها البضع بالعوض (فيها شوب جعالة) لأن مقابل ما بذلته وهو الطلاق يستقل به الزوج كالعامل في الجعالة (ولها الرجوع قبل الجواب) لأن ذلك حكم المعاوضات والجعالات وكأن مقتضى كونه معاوضة من جانبها أن لا يحتمل فيه صيغة التعليق لكنها احتملت لما فيها من شائبة الجعالة المحتملة لها حيث يقال إن رددت عبدي فلك كذا (ويشترط الطلاق) بعد سؤالها (فورًا) وإن علقت بمتى لأن المغلب من جانبها المعاوضة كما مرّ (وإلا) أي وإن لم يطلقها فورًا (كان) تطليقه لها (ابتداء) للطلاق ؛ لأنه قادر عليه ، والظاهر أنه لو ادعى إنه جواب وكان جاهلًا لقرب عهده بالإسلام أو نشئه ببادية بعيدة عن العلماء صدق بيمينه (فلو قالت : طلقني ثلاثًا بألف) وهو يملك عليها أكثر من طلقة بقرينة ما يأتي في الطرف الثاني من الباب الرابع مع أن المسألة مذكورة ثم أيضًا (فطلقها واحدة) بثلاثة أو أطلق وقعت الواحدة و (استحق ثلث الألف كنظيره في الجعالة) كأن قال رد عبدي بألف فرد أحدهما » .

قول المالكية : جاء في الفروق (١٨١/١) : « الصغيرة إذا اختلعت نفسها من زوجها فالطلاق واقع ، وإن لم يجب البدل عليها » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٥/٣ ، ٦٦) : « (و) من قالت لزوجها (طلقني) بألف أو على ألف . أو لك ألف (أو) قالت له (اخلعني بألف أو على ألف ، أو ولك ألف ، أو) قالت له (إن طلقتني) فلك ألف ، أو فأنت بريء من ألف (أو) قالت له : إن (خلعتني فلك) ألف (أو فأنت بريء منه) أي : الألف (فقال لها : طلقتك) جوابًا لقولها : طلقني . أو إن طلقتني (أو قال لها : خلعتك) جوابًا لقولها : اخلعني ، أو إن خلعتني (ولو لم يذكر الألف) مع قوله : طلقتك أو خلعتك (بانت) منه (واستحقه) أي : الألف ؛ لأن قوله : طلقتك أو خلعتك جواب لما استدعته منه ، والسؤال كالمعاد في الجواب =

١٥١٢ - وقد علمت من مادة (٢٧٥) أن العوض ليس بشرط في الخلع ، حينئذٍ يصح سواء سمى الزوجان عوضًا أو لم يسميا .

١٥١٣ - فإن سميا بدلًا : فإما أن يكون غير المهر ، أو المهر . وإن لم يسميا : فإما أن يسكتا عنه ، أو ينفياه . فحينئذ يمكننا أن نقول : خالع الزوج زوجته فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة :

الأول : أن يسميا بدلًا غير المهر .

الثاني : أن يسكتا عن البدل .

الثالث : أن ينفياه .

الرابع : أن يسميا المهر أو شيئًا منه .

١٥١٤ - والخلع وإن اشترك مع الطلاق البائن في إزالة الزوجية، إلا أنه ينفرد بإسقاط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر بحسب التفصيل الذي سيلقى عليك بالنسبة للأحوال الأربعة المتقدمة.

١٥١٥ - فإن كان الأول وهو ما كان الخلع بعوض غير المهر ، بأن قال الزوج لزوجته : خالعتك في نظير خمسين جنيهًا . وقبلت طائعة مختارة ، فلا كلام في وقوع الطلاق البائن ولزوم المبلغ الذي اتفقا عليه . وفي هذه الحالة تسقط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر ولكن بشروط :

١٥١٦ - **الأول** : أن تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج ، فلو لم تكن مترتبة عليه فلا تسقط . فإذا اقرض أحد الزوجين الآخر مبلغًا معلومًا ، أو باع له شيئًا بثمن معلوم ، ولم يدفع المستقرض ما استقرضه ، أو لم يدفع ثمن ما اشتراه حتى حصل الخلع ، فلا يسقط شيء عن المدين منهما ؛ لأن هذه الحقوق ليست مترتبة على عقد الزواج ؛ إذ الأول مترتب على القرض والثاني على الشراء .

= أشبه ما لو قال : بعني عبدك بألف . فقال : بعتكه ولم يذكر الألف (من غالب نقد البلد) ؛ لأنه المعهود فينصرف الإطلاق إليه (إن أجابها على الفور) وإلا لم يكن جوابًا لسؤالها (ولها) أي : الزوجة (الرجوع) عما قالته لزوجها (قبل إجابته) ؛ لأنه إنشاء منها على سبيل المعاوضة ، فلها الرجوع قبل تمامه بالجواب . كالبيع ، وكذا قولها : إن طلقتني فلك ألف ونحوه ؛ لأنه وإن كان تعليقًا فهو تعليق لوجوب العرض لا للطلاق إن تواطآ على أن تهبه الصداق أو تبرئه منه على أن يطلقها . كان بائنًا ، وكذا لو قال : أبرئيني ، وأنا أطلقك ، أو إن أبرأتيني طلقتك ونحوه مما يفهم منه سؤال الإبراء على أن يطلقها ، وأنها أبرأته على أن يطلقها . ذكره الشيخ تقي الدين » .

١٥١٧ – **الثاني** : أن تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه . فإذا فرض أن رجلًا تزوج امرأة بمائة جنيه ، ولم يعطها منها شيئًا ، وأوقع عليها طلاقًا بائنًا ، ثم عقد عليها بمهر جديد وخالعها في نظير مبلغ معلوم ، فلا يسقط مهر العقد الأول ؛ لأنه وإن كان مترتبًا على عقد الزواج ، إلا أن هذا العقد ليس هو الذي حصل الخلع منه ، فلا يسقط .

١٥١٨ – **الثالث** : أن تكون الحقوق المترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه ثابتة وقته ، وبناء عليه فلا تسقط نفقة العدة التي تعقب الخلع ، لأنها وإن كانت مترتبة على النكاح الذي حصل الخلع بواسطته ، إلا أنها ليست ثابتة وقت الخلع ، إذ هي لا تثبت إلا في العدة وهي لا تكون إلا بعد الخلع .

١٥١٩ – فظهر من هذه الشروط أن الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه .

١٥٢٠ – وينبني على هذا الأصل المسائل الآتية :

١٥٢١ – **أولًا** : إذا حصل التزوج على مهر معلوم ولم تقبض الزوجة منه شيئًا أو قبضت جزءًا منه ، ثم حصل الخلع على عوض غير المهر ، لزمها دفع هذا العوض وسقط عنه كل المهر أو بعضه ، فليس لها أن تطالب زوجها به ولا بشيء منه ، سواء كان الخلع بعد الدخول أو قبله .

١٥٢٢ – **ثانيًا** : إذا قصر الزوج في الإنفاق على زوجته ، فرفعت أمرها للقاضي ، وفرض لها مبلغًا معلومًا في كل شهر مثلًا ، ومضت مدة لم يدفع فيها شيئًا مما فرض ، ثم حصل الخلع ، سقطت هذه النفقة ، فليس لها أن تطالب بها ، سواء كان فرض كسوة أو غيرها .

١٥٢٣ – **ثالثًا** : إذا حصل التزوج ، ولم يسمَّ مهر في العقد ، ثم حصل الخلع بالصورة المتقدمة ، سقطت المتعة التي تستحقها المرأة في هذه الصورة لو حصلت الفرقة من قبله بغير الخلع ، فليس لها أن تطالبه بها .

١٥٢٤ – **رابعًا** : إذا قصر الزوج في الإنفاق على زوجته ، وفرض لها القاضي كل شهر مثلًا مبلغًا معلومًا ، فعجل لها الزوج نفقة سنة ثم خالعها بالصفة المتقدمة قبل مضي هذا الزمن ، سقط ما عجله من النفقة ، فليس له أن يسترد شيئًا منه .

١٥٢٥ – **خامسًا** : إذا سلم الزوج كل المهر لزوجته وخالعها قبل الدخول سقط المهر ،

فليس له أن يطالبها بشيء منه ، وإنما له المطالبة بالمبلغ المتفق عليه في الخلع ، ومن باب أولى ما إذا كان الخلع بعد الدخول ؛ لأن الطلاق قبل الدخول موجب لرد نصف المهر ، فإذا لم يلزمها رد شيء منه قبل الدخول فيكون بعد الدخول من باب أولى (١) .

(مادة ٢٨١)

إِذَا خَالَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ ، أَوْ بَارَأَهَا عَلَى مَالٍ مُسَمًّى غَيْرِ الصَّدَاقِ ، وَقَبِلَتْ طَائِعَةً مُخْتَارَةً ، لَزِمَهَا الْمَالُ ، وَبَرِئَ كُلٌّ مِنْهُمَا مِنَ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ لِصَاحِبِهِ وَقْتَ الْخُلْعِ أَوِ الْمُبَارَأَةِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ الَّذِي وَقَعَ الْخُلْعُ مِنْهُ .

فَلا تُطَالِبُ الْمَرْأَةُ بِمَا لَمْ تَقْبِضْهُ مِنَ الْمَهْرِ ، وَلا بِنَفَقَةٍ مَاضِيَةٍ مَفْرُوضَةٍ ، وَلا بِكِسْوَةٍ ، وَلا بِمُتْعَةٍ إِنْ خَالَعَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ .

وَلا يُطَالِبُ هُوَ بِنَفَقَةٍ عَجَّلَهَا وَلَمْ تَمْضِ مُدَّتُهَا ، وَلا بِمَهْرٍ سَلَّمَهُ إِلَيْهَا .

وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُسَمِّيَا شَيْئًا وَقْتَ الْخُلْعِ يَبْرَأُ كُلٌّ مِنْهُمَا مِنْ حُقُوقِ الآخَرِ ، فَلا يُطَالِبُ بِمَا قَبَضَتْ ، وَلا تُطَالِبُهُ بِمَا بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ قُبَيْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ (٢) .

* * *

١٥٢٦ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كان البدل مسكوتًا عنه ، كأن يقول لها : خالعتك . فتقبل قبولًا معولًا عليه ، فجميع الأحكام التي عرفتها في الحالة الأولى تأتي هنا أيضًا .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (٩٨) : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية.

المادة (٩٩) : إذا لم يسم المتخالعان شيئًا وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تصح المخالعة على المهر وغيره : المادة (١٠٥) : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية .

المادة (١٠٦) : عند عدم التسمية في المخالعة : إذا لم يسم المتخالعان شيئًا وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في معين الحكام (ص ١٥٢) : « اختلعت على كل حق يجب للنساء على الأزواج قبل الخلع وبعده ولم يذكر المهر ونفقة العدة يكفي ، ويبرأ عن المهر ونفقة العدة ؛ إذ المهر يجب قبل الخلع ، ونفقة العدة تجب بعده . انظر فتاوى رشيد الدين » .

(مادة ٢٨٢)

إِذَا كَانَ الْبَدَلُ مَنْفِيًا بِأَنْ خَالَعَهَا لا عَلَى شَيْءٍ ، فَلا يَبْرَأُ أَحَدٌ مِنْهُمَا عَنْ حَقِّ صَاحِبِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٥١/٣ ، ١٥٢) : « إن كان بغير بدل بأن قال : خالعتك ، ونوى الطلاق ، فحكمه أنه يقع الطلاق ، ولا يسقط شيء من المهر ، وإن كان ببدل فإن كان البدل هو المهر بأن خلعها على المهر ، فحكمه أن المهر إن كان غير مقبوض أنه يسقط المهر عن الزوج ، وتسقط عنه النفقة الماضية ، وإن كان مقبوضًا فعليها أن ترده على الزوج ، وإن كان البدل مالًا آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم ، وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر ، والنفقة الماضية ، ووجوب البدل حتى لو خلعها على عبد أو على مائة درهم ، ولم يذكر شيئًا آخر فله ذلك ثم إن كان لم يعطها المهر برئ ، ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها ، وإن كان قد أعطاها المهر لم يرجع عليها بشيء سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها ، وكذلك إذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا ، وهذا قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف في المبارأة مثل قول أبي حنيفة . وقال في الخلع : إنه لا يسقط به إلا ما سميا . وقال محمد : لا يسقط في الخلع والمبارأة جميعًا إلا ما سميا ، حتى إنه لو طلقها على مائة درهم - ، ومهرها ألف درهم - فإن كان المهر غير مقبوض فإنها لا ترجع عليه بشيء سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها في قول أبي حنيفة ، وله عليها مائة درهم ، وعندهما إن كان قبل الدخول بها فلها أن ترجع عليه بنصف المهر ، وذلك خمسمائة ، وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصًا فيرجع عليه بأربعمائة ، وإن كان بعد الدخول فلها أن ترجع عليه بكل المهر إلا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة ، وإن كان المهر مقبوضًا فله عليها المائة لا غير ، وليس له أن يرجع عليها بشيء من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده في قول أبي حنيفة ، وعندهما إن كان قبل الدخول يرجع إلى الزوج عليها بنصف المهر ، وإن كان بعده لا يرجع عليها بشيء ، وهكذا الجواب في المبارأة عند محمد ، والحاصل أن ههنا ثلاث مسائل : الخلع ، والمبارأة ، والطلاق على مال ، ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ، ولا خلاف أيضًا في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح . وأنها لا تسقط بهذه التصرفات ، وإنما الخلاف بينهم في الخلع ، والمبارأة ، واتفق جواب أبي حنيفة ، وأبي يوسف في المبارأة ، واختلف جوابهما في الخلع ، واتفق جواب أبي يوسف ، ومحمد في الخلع ، واختلف في المبارأة ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المبارأة ، ومع محمد في الخلع . وجه قول محمد أن الخلع طلاق بعوض ، فأشبه الطلاق على مال ، والجامع بينهما أن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه ، ولم يوجد في الموضعين إلا إسقاط ما سميا ، فلا يسقط ما لم تجز به التسمية ، ولهذا لم يسقط به سائر الديون التي لم تجب بسبب النكاح .

وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالتسمية ، وإن كانت من أحكام النكاح كذا هذا وجه قول أبي يوسف ، وهو الفرق بين الخلع ، والمبارأة ، أنَّ المبارأة صريح في إيجاب البراءة ؛ لأنها إثبات البراءة نصًّا فيقتضي ثبوت البراءة =

١٥٢٧ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان البدل منفيًا ، بأن قال لها : اخلعي نفسك مني بغير شيء . ففعلت وقع الطلاق البائن ، ولا يلزمها شيء، ولا تسقط الحقوق ؛ لأنه صريح في عدم المال ووقوع البائن .

(مادة ٢٨٣)

إِذَا خَالَعَهَا بِكُلِّ الْمَهْرِ وَرَضِيَتْ : فَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا ، رَجَعَ بِجَمِيعِهِ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَقْبُوضًا ، سَقَطَ عَنْهُ ، سَوَاءٌ كَانَ الْخُلْعُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ .

وَإِذَا خَالَعَهَا عَلَى بَعْضِهِ : فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مَقْبُوضًا وَالْخُلْعُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِذَلِكَ الْبَعْضِ ، وَيَتْرُكُ لَهَا الْبَاقِيَ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الْبَعْضِ

= مطلقًا فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح . فأما الخلع فليس نصًّا في إيجاب البراءة ؛ لأنه ليس في لفظه ما ينبئ عن البراءة ، وإنما تثبت البراءة مقتضاه ، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتًا من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير ، ولأبي حنيفة أن الخلع في معنى المبارأة ؛ لأن المبارأة مفاعلة من البراءة والإبراء إسقاط فكان إسقاطًا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة ، والخلع مأخوذ من الخلع ، وهو النزع ، والنزع إخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها أي : أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح ، وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح ، وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة . والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف .

وأما قول محمد إنه لم يوجد منها إسقاط غير المسمى فنقول : إن لم يوجد نصًّا فقد وجد دلالة لما ذكرنا أن لفظ الخلع دليل عليه ؛ ولأن قصدهما من الخلع قطع المنازعة ، وإزالة الخلف بينهما ، والمنازعة ، والخلف إنما وقعا في حقوق النكاح ، ولا تندفع المنازعة ، والخلف إلا بإسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون ؛ لأنه لا تعلق لها بالنكاح ، ولم تقع المنازعة فيها ، ولا في سببها ، فلا ينصرف الإسقاط إليها بخلاف الطلاق على مال ؛ لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصًّا ، ولا دلالة .

وأما نفقة العدة ؛ فلأنها لم تكن واجبة قبل الخلع ، فلا يتصور إسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية ؛ لأنها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع إسقاطًا بعد الوجوب فصح . ولو خلعها على نفقة العدة صح ، ولا تجب النفقة ، ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الإبراء ، وتجب النفقة ؛ لأن النفقة في النكاح تجب شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان يومًا فيومًا فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح ، فأما نفقة العدة فإنما تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعًا من وجوبها ، ولا يصح الخلع على السكنى ، والإبراء عنه ؛ لأن السكنى تجب حقًّا لله تعالى ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ ، فلا يملك العبد إسقاطه » .

الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْخُلْعُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا ، سَقَطَ عَنْهُ مُطْلَقًا [١] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٨٩/١) : « وإذا خالعها على مال مسمى معروف سوى الصداق ، فإن كانت المرأة مدخولًا بها والمهر مقبوضًا ، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا يتبع أحدهما صاحبه بعد الطلاق بشيء وإن كان المهر غير مقبوض ، فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة ﷺ ، أما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوضًا فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة ﷺ وإن لم يكن المهر مقبوضًا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة ﷺ كذا في المحيط . إن خالعها على مهرها فإن كانت المرأة مدخولًا بها وقد قبضت مهرها يرجع الزوج عليها بمهرها وإن لم يكن مقبوضًا سقط عن الزوج جميع المهر ، ولا يتبع أحدهما صاحبه بشيء وإن لم تكن مدخولًا بها ، فإن كانت قبضت مهرها وهو ألف درهم رجع الزوج عليها في الاستحسان بألف وإن لم تكن قبضت في الاستحسان يسقط المهر عن الزوج ولا يرجع عليها بشيء ، وإن خالعها على عُشر مهرها ومهرها ألف درهم ؛ فإن كانت المرأة مدخولًا بها ، والمهر مقبوضًا رجع الزوج عليها بمائة ويسلم لها الباقي في قولهم جميعًا ؛ وإن لم يكن المهر مقبوضًا سقط عن الزوج كل المهر في قول أبي حنيفة ﷺ وإن لم تكن المرأة مدخولًا بها فإن كان المهر مقبوضًا رجع الزوج بعشر نصف المهر وذلك خمسون ؛ لأن مهرها عند الطلاق نصف المهر فيرجع عليها بعشر نصف المهر ويسلم لها الباقي وإن لم يكن المهر مقبوضًا برئ الزوج عن جميع مهرها في قول أبي حنيفة ﷺ كذا في الظهيرية . هذا إذا خالعها على جميع مهرها أو بعض مهرها وإن بارأها على جميع مهرها أو على بعض مهرها فعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - الجواب فيه كالجواب في الخلع على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - كذا في المحيط .

رجل خلع امرأته بما لها عليه من المهر ثم ظهر أنه لم يكن لها عليه شيء كان عليها رد المهر كما لو قال : خلعتك على عبدك الذي في يدي ، أو على متاعك الذي في يدي ثم ظهر أنه لم يكن لها في يده شيء كان الخلع بمهرها إن كان المهر على الزوج يسقط ؛ وإن كانت قبضت مهرها من الزوج ردت على الزوج ما قبضت ولو خالعها على مهر أو طلقها تطليقة بمهرها الذي عليه فقبلت ، والزوج يعلم أنه لا مهر لها عليه تقع تطليقة بائنة بغير شيء في الخلع ، وفي الطلاق بمهرها تقع تطليقة رجعيّة كذا في فتاوى قاضي خان .

ولو قبضت بعض المهر ووهبت منه بعضًا ثم اختلعت بشيء مجهول أخذ الزوج ما قبضت لا غير كذا في محيط السرخسي . رجل خالع امرأته على أن ترد على الزوج جميع ما قبضت منه وكانت المرأة باعت ما قبضت منه أو وهبت من إنسان ودفعت إليه حتى تعذر عليها رد ذلك على الزوج كان عليها قيمة المقبوض إن كان من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأمثال كان عليها مثل ذلك كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٩٧/٤ ، ٣٩٨) : « لو خالعها قبل الدخول على غير الصداق =

= استحقه وله نصف الصداق ، وإن خالعها على الصداق كله صح في نصيبها دون نصيبه ، ويثبت له الخيار إن جهل التشطير ، فإذا فسخ عوض الخلع رجع عليها بمهر المثل ، وإلا فنصف الصداق ، وإن خالعها على النصف الباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له ، نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير ، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له ، نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير ، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي ولا بغيره وقع العوض مشتركًا بينهما ، فلها عليه ربع المسمى ، وله عليها ثلاثة أرباعه بحكم التشطير وعوض الخلع ونصف مهر المثل بحكم ما فسد من الخلع ، وإن خالعها على أن لا تبعة له عليها في المهر صح وجعلناه على ما يبقى لها منه» .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٩/٢ ، ١٧٠) : « قلت : أرأيت التي تزوجت بثمر لم يبد صلاحه إن اختلعت منه قبل البناء على مال ، أيجوز للزوج ما أخذ منها أم يكون مردودًا ، قال : أرى ذلك جائزًا له ، ولا أرى أن يرد ما أخذ ، وقد أخبرتك أن كل ما اختلف الناس فيه إذا كان الميراث بينهما فيه والطلاق يلزمه فيه ، فأرى فيه الخلع جائزًا ، ولو رأيت الخلع فيه جائزًا ما أجزت الطلاق فيه ، قال سحنون : وقد كان قال لي ابن القاسم : كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالخلع فيه مردود ، ويرد عليها ما أخذ منها ؛ لأنه لا يأخذ مالها إلا بما يجوز له إرساله من يده وهو لم يرسل من يده إلا ما هي أملك به منه » . جاء فيه (٢٤٤/٢ ، ٢٤٥) : « ما جاء في خلع غير مدخول قلت : أرأيت لو أن رجلًا تزوج امرأة على مهر مائة دينار فدفع إليها المائة فخالعته قبل البناء بها على أن دفعت إليه غلامها ، هل يرجع إليها بنصف المائة أم لا ؟ ، قال ابن القاسم : أرى أن ترد المائة كلها ، وذلك أني سمعت مالكًا وسئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى ، فافتدت منه بعشرة دنانير تدفعها إليه قبل أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها ، ففعل ثم أرادت أن تتبعه بنصف المهر ، قال : ذلك ليس لها . وقال مالك : هو لم يرض أن يخلي سبيلها حتى يأخذ منها فكيف تتبعه ، قال : وسمعت الليث يقول ذلك . قال ابن القاسم : ولم نسأل إن كان ينقدها أو لم ينقدها .

قال ابن القاسم : وسواء عندي نقدها أو لم ينقدها ، ومما يبين أن لو كان نقدها ثم دعته إلى متاركتها ومبارأتها ففعل لوجب عليها إن كانت أخذت الصداق أن ترده كله ، فهي حين زادته آخران لا يمسك من المهر شيئًا إن كانت قبضته ، لو كان يكون لها أن تتبعه إذا أعطته لكان يكون لها أن تتبعه إذا لم تعطه وهما إذا اصطلحا قبل أن يدخل بها أو يتفرقا على وجه المبارأة من أحدهما لصاحبه ، مما لا شك فيه أنها لا تحبس شيئًا مما كان نقدها ولم تتبعه بشيء إن كان لم ينقدها ، فهو حين أنه لم يرض أن يتاركها أو يبارئها حتى أخذ منها أحرى أن لا تتبعه في الوجهين جميعًا .

ولكن لو أن رجلًا قد تزوج امرأة وسمى لها صداقها فسألته قبل أن يدخل أن يطلقها على أن تعطيه شيئًا من صداقها كان له ما أعطته من صداقها ورجعت عليه فيما بقي بنصف ما بقي من صداقها إن كان لم ينقدها ، وإن كان قد نقدها رجع عليها بنصف ما بقي في يديها بعد الذي أعطته من صداقها . وإن كانت إنما قالت : طلقني تطليقة ، ولك عشرة دنانير ؛ فإنه إن كان لم يستثن ذلك من صداقها ، فإنها تتبعه بنصف المهر إن كان لم ينقدها إياه ، ويتبعها بنصف المهر إن كان قد نقدها إياه ، سواء الذي أخذ منها أو أخذته منه ، وإنما اشترت منه طلاقها ، ومما يبين ذلك لك أن لو قالت له : طلقني قبل أن يدخل بها ؛ ولم تأخذ منه شيئًا أتبعه بنصف =

١٥٢٨ - وإن كان الرابع وهو ما إذا كان بدل الخلع هو المهر ، فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين :

١٥٢٩ - **الأول** : أن يكون كل المهر .

١٥٣٠ - **الثاني** : أن يكون بعض المهر .

١٥٣١ - فإن كان الأول ، كأن يقول لها : خالعتك في نظير مهرك . وقبلت قبولًا معولًا : فإما أن يكون المهر مقبوضًا ، أو غير مقبوض . فإن كان مقبوضًا : فإما أن يكون الخلع بعد الدخول ، أو قبله . ومثله ما إذا كان غير مقبوض ، فحينئذٍ معنا أربع صور :

١٥٣٢ - **الصورة الأولى** : أن يكون المهر مقبوضًا ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الحالة يجب عليها رده للزوج بحسب الشرط المتفق عليه .

١٥٣٣ - **الصورة الثانية** : أن يكون المهر مقبوضًا أيضًا ، ولكن الخلع قبل الدخول . وحكمها كالأولى . وبعضهم لا يلزمها إلا برد النصف ؛ لأنه هو المهر الذي تستحقه المرأة بالفرقة قبل الدخول . ووجه الأول أن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد .

١٥٣٤ - **الثالثة** : أن يكون المهر غير مقبوض ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الصورة يسقط عنه جميع المهر بحسب الشرط .

= الصداق وإن كان لم ينقده إياها وأتبعها بنصف الصداق وإن كان نقده إياها ، وإنما اشترت منه طلاقها بالذي أعطته ، فكما كان في الخلع إن لم تعطه شيئًا ، واصطلحا على أن يتفرقا وعلى أن يتاركا فلم يكن لها شيء من صداقها أعطته أو لم تعطه فكذلك إذا أعطته شيئًا سوى ذلك أجزأ إلا أن يكون لها من صداقها شيء ؛ لأنه لم يكن يرض أن يخالعها إلا بالذي زادته من ذلك ، وكما كان يكون لو طلقها كان له نصف الصداق قبضته أو لم تقبضه ، فكذلك يكون لها نصف الصداق عليه إذا اشترت منه طلاقها ، فهما وجهان بينان » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٧/٧ ، ١٩٨) : « إن خالع امرأته بنصف صداقها ، قبل دخوله ، بها صح وصار الصداق كله ؛ له نصفه بالطلاق ، ونصفه بالخلع . ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه ؛ لأنه إذا خالعها بنصفه ، مع علمه أن النصف يسقط عنه ، صار مخالعًا بنصف النصف الذي يبقى لها ، فيصير له النصف بالطلاق ، والربع بالخلع . وإن خالعها بمثل نصف الصداق في ذمتها ، صح ، وسقط جميع الصداق ؛ نصفه بالطلاق بالمقاصة بما في ذمتها له من عوض الخلع . ولو قالت له : اخلعني بما تسلم لي من صداقي . ففعل ، صح ، وبرئ من جميع الصداق . وكذلك إن قالت : اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر . صح ، وسقط جميعه عنه . وإن خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ، ويرجع عليها بنصفه ؛ لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ، ويسقط عنه النصف بالطلاق ، يبقى لها عليه النصف . وإن خالعته بصداقها كله فكذلك ، في أحد الوجهين . وفي الآخر ، لا يرجع عليها بشيء ؛ لأنه لما خالعها به ، مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق ، كان مخالعًا لها بنصفه ، ويسقط عنه بالطلاق نصفه ، ولا يبقى لها شيء » .

١٥٣٥ - **الرابعة** : أن يكون المهر غير مقبوض ، والخلع قبل الدخول . وهي كالثالثة .

١٥٣٦ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان العوض بعض المهر ، كأن يقول لها : خالعتك على نصف مهرك (مثلًا) . فإما أن يكون كل المهر مقبوضًا ، أو غير مقبوض . **وعلى كل** : فإما أن يكون الخلع بعد الدخول ، أو قبله . فله أربع صور أيضًا :

١٥٣٧ - **الأولى** : أن يكون كل المهر مقبوضًا ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الصورة يأخذ منها البعض الذي حصل الخلع عليه بحسب الشرط ، ويترك لها الباقي بحسب الخلع ؛ لأنه يسقط الحقوق كما عرفته مما تقدم .

١٥٣٨ - **الثانية** : أن يكون الكل مقبوضًا ، ولكن الخلع قبل الدخول . وفي هذه الحالة يأخذ منها نصف البعض المعين في الخلع . فإذا كان المهر مائة جنيه مثلًا ، وخالعها في هذه الصورة على عشرة ، وجب عليها نصفه ، وهو خمسة ؛ لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة ، وهي تستحق قبل الدخول نصف المهر المسمى في العقد ، وهو خمسون ، فيجب عليها عشرها وهو خمسة . والذي استظهره في فتح القدير في هذه الصورة أنه يأخذ منها البعض المتفق عليه كما في الصورة الأولى لا نصفه ؛ لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد وهو مائة جنيه ، لا لما تستحقه المرأة في هذه الحالة ، وهو الظاهر .

١٥٣٩ - **الثالثة** : أن يكون الكل غير مقبوض ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه يسقط عنه جميع المهر بعضه بالشرط وبعضه بحكم الخلع ؛ لأنه يسقط الحقوق كما علم من قبل .

١٥٤٠ - **الرابعة** : أن يكون الكل غير مقبوض أيضًا ، ولكن الخلع قبل الدخول . وهي كالثالثة في الحكم لاشتراكهما في العلة المتقدمة .

١٥٤١ - وتثبت كل هذه الأحكام في جميع صور الخلع المتقدمة في شرح مادة (٢٧٩) إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا كان الخلع بلفظ الفعل الماضي بلا بدل ، كأن يقول لها : خلعتك . سواء قبلت أو لم تقبل ؛ فإنه في هذه الصورة لا يسقط شيء من الحقوق أصلًا .

١٥٤٢ - ومثل الخلع في كل الأحكام المتقدمة المبارأة ، فإذا قال رجل لزوجته : بارئتك . فهو على التفصيل والأحكام المتقدمة . وينبغي إذا قال لها: برئت من نكاحك . ألا يسقط شيء من الحقوق كما إذا قال لها : خلعتك . وإسقاط الحقوق في الخلع والمبارأة ليس متفقًا عليه ، بل القائل به الإمام الأعظم ، وقال أبو يوسف : المبارأة

تسقط الحقوق المتقدمة ، والخلع لا يسقطها . وقال محمد : لا يسقط إلا ما سمياه .

١٥٤٣ - **واستدل** : بأن هذه معاوضة ، وأثر المعاوضة لا يظهر إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره ، كما إذا كانت الفرقة بالطلاق على مال ؛ ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح ، مع أن النفقة أضعف من المهر .

١٥٤٤ - **واستدل أبو يوسف** : بأن المبارأة من البراءة ، فتقتضي البراءة من الجانبين ، وهي وإن كانت تشمل كل دين ، إلا أنا قيدناه بالواجب بالنكاح ، لدلالة الغرض وهو المبارأة من متعلقاته . أما الخلع فإنما يقتضي فصلًا وانخلاعًا ، وحقيقته تتحقق في حق النكاح ، فهي غير متوقفة على سقوط المهر .

١٥٤٥ - **واستدل أبو حنيفة** : بأن الخلع صلح وضع شرعًا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح ، فتمام تحقق مقصوده يجعله مسقطًا لما وجب بسبب تلك الوصلة ؛ فيسقط المهر ، وإلا عاد على موضوعه بالنقض .

١٥٤٦ - والظاهر مذهب محمد ، وإن كان المعمول به مذهب الإمام الأعظم [١] .

(مادة ٢٨٤)

نَفَقَةُ الْعِدَّةِ وَالسُّكْنَى لا يَسْقُطَانِ ، وَلا يَبْرَأُ الْمُخَالِعُ مِنْهُمَا إِلا إِذَا نُصَّ عَلَيْهِمَا صَرَاحَةً وَقْتَ الْخُلْعِ [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٠١) : نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها في المخالعة : المادة (١٠٨) : نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٥/٢) : « (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان الطلاق أو بائنًا) وكذا الكسوة أيضًا ، وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملًا فإن كانت حائلًا فلها السكنى بلا نفقة والمبانة بالخلع والإيلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها في النفقة سواء ، ولو ادعت المطلقة أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها ، قال الخجندي : ولو أن امرأة تطاولت عدتها فلها النفقة والسكنى وإن امتد ذلك إلى عشر سنين ما لم تدخل في حد الإياس وتنقضي العدة بالشهور بعد ذلك ؛ فإن اتهمها حلفها بالله ما انقضت عدتها » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٧٤/٥ ، ١٧٥) : « (و) المعتدة (الحائل البائن بخلع أو ثلاث) في =

= الحر واثنتين في العبد (لا نفقة لها ولا كسوة) قطعًا لزوال الزوجية فأشبهت المتوفى عنها (ويجبان) أي : النفقة والكسوة (لحامل) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ ولأنها مشغولة بمائة فهو مستمتع برحمها فسار كالاستمتاع بها في حال الزوجية ؛ إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطء مقصود به .

تنبيه : اقتصاره على النفقة والكسوة قد يفهم أنه لا يجب غيرهما ، وليس مرادًا ، بل يجب لها الأدم كما في زوائد الروضة والسكنى كما مرّ آخر العدد ، وذكر البغوي في فتاويه أيضًا وجوب الخادم لمخدومة ، واحترز بالبينونة بالخلع أو الثلاث عن البائن بالفسخ بالعيب وغيره ، والأصح أنه إن كان بسبب مقارن للعقد : كالعيب والغرور فلا نفقة كما ذكره الرافعي في باب الخيار ؛ لأن الفسخ به يرفع العقد من أصله ، ولذلك لا يجب المهر إن لم يكن دخول ، وإن كان بسبب عارض : كالردة ، والرضاع ، واللعان إن لم ينف الولد فيجب ؛ لأنه قطع للنكاح كالطلاق ، وقضية كلام الدميري والزركشي أن هذا التفصيل في الحائل ، وليس مرادًا ، بل إنما هو في الحامل كما تقرر ، والواجب فيما ذكر (لها) بسبب الحمل على الصحيح أنها تجب مقدرة ، ولا تسقط بمضي الزمان ، ولو كانت للحمل لم يكن كذلك (وفي قول) قديم يجب ما ذكر (للحمل) فقط لوجوب ما ذكر بوجود الحمل وعدمه بعدم الحمل ، وإنما صرف لها لتغذيه بغذائها ، ثم فرع على الخلاف قوله : (فعلى الأول) الأصح (لا تجب) نفقة ولا غيرها (لحامل عن) وطء (شبهة) وهي غير مزوجة (أو) لحامل عن (نكاح فاسد) ؛ لأنه لا نفقة لها في حال التمكين فبعده أولى ، وعلى الثاني تجب كما يلزمه نفقته بعد الانفصال ، ولو كان زوج الحامل البائن رقيقًا ، إن قلنا : النفقة لها وجبت ؛ لأنها تجب على المعسر وإلا فلا . أما المنكوحة إذا حبلت من الوطء بالشبهة ، فإن أوجبنا النفقة على الواطئ سقطت عن الزوج قطعًا ، وإلا فعلى الأصح في أصل الروضة .

تنبيه : هذا كله ما دام الزوج حيًا ، فلو مات قبل الوضع فقضية كلام الروضة هنا السقوط ، وفي الشرحين والروضة في عدة الوفاة عدم السقوط ، وهو المعتمد . فإن قيل مقتضى قول المصنف (قلت : ولا نفقة لمعتدة وفاة وإن كانت حاملًا ، والله أعلم) ترجيح الأول . أجيب بأنها ثم وجبت قبل الموت فاغتفر بقاؤها في الدوام فإنه أقوى من الابتداء ، ولما مرّ من أن البائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف الرجعية ، وإنما سقطت هنا ؛ لقوله ﷺ : « ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة » رواه الدارقطني بإسناد صحيح . قال الشافعي - رضي الله تعالى عنه - : ولا أعلم مخالفًا في ذلك ؛ ولأنها إن كانت حائلًا فقد بانت بالموت ، والحائل البائن لا نفقة لها ، وإن كانت حاملًا ، فإن قلنا : النفقة للحمل سقطت ؛ لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإن قلنا : لها بسببه فكذلك لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت .

تنبيه : تسقط النفقة لا السكنى بنفي الحمل ، فإن استلحقه رجعت عليه بأجرة الرضاع وببدل الإنفاق عليها قبل الوضع وعلى ولدها ولو كان الإنفاق عليه بعد الرضاع . فإن قيل رجوعها بما أنفقته على الولد ينافي إطلاقهم أن نفقة القريب لا تصير دينًا إلا بقرض . أجيب بأن الأب هنا تعدى بنفيه ولم يكن لها طلب في ظاهر الشرع ، فلما أكذب نفسه رجعت حينئذٍ » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٣/٢) : « (ولا نفقة للمختلعة) لبينونتها (إلا في) زمن (الحمل) اللاحق به فيجب عليه نفقتها ، إلا أن يكون خالعها على إسقاطها فتسقط ، كما تسقط لو خالعها على =

= إسقاط أجرة رضاعها إياه بعد وضعه لقول خليل : وجاز شرطه نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/١٨٥ ، ١٨٦) : « (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقًا لا يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ، ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملًا) وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقًا بائنًا ، فإما أن يكون ثلاثًا ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ ، وكانت حاملًا فلها النفقة والسكنى ، بإجماع أهل العلم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا » ؛ ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه النفقة عليه ، إلا بالإنفاق عليها فوجب ، كما وجبت أجرة الرضاع وإن كانت حائلًا ، فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان : إحداهما : لها ذلك وهو قول عمر ، وابنه وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعي ؛ للآية ، والرواية الثانية : لا سكنى لها ، ولا نفقة وهي ظاهر المذهب ، وقول علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداود ، وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والبتي ، والعنبري ؛ لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود ولأنها مطلقة ، فوجبت لها النفقة والسكنى ، كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر ، أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة . وأنكرته عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه .
ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك » متفق عليه وفي لفظ : « فقال رسول الله ﷺ : انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة ، فلا نفقة ولا سكنى » رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدي ، وغيرهم قال ابن عبد البر من طريق الحجة : وما يلزم منها ، قول أحمد ابن حنبل ومن تابعه أصح وأحج ؛ لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصًا صريحًا ، فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ، ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ ، وأما قول عمر ، ومن وافقه ، فقد خالفه علي وابن عباس ، ومن وافقهما ، والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم ، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة فإن أحمد أنكره ، وقال : أما هذا فلا ، ولكن قال : لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية ، فأي حجة في شيء يخالفه الإجماع ، وترده السنة ، ويخالفه فيه علماء الصحابة قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملًا ، بقوله سبحانه : ﴿ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن ؛ لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق وقد روى أبو داود ، وغيره من الأئمة ، بإسنادهم عن ابن عباس ، قال : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت » ؛ ولأن هذه محرمة عليه تحريمًا لا تزيله =

١٥٤٧ - قد عرفت من شرح مادة (٢٨١) أن الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه . فإذا لم تكن الحقوق ثابتة وقت الخلع ، فإنها لا تسقط به .

١٥٤٨ - وينبني على ذلك أن نفقة العدة والسكنى لا تسقطان ، فللزوجة مطالبته بهما ؛ لأن كلا منهما وإن كان مترتبًا على عقد الزواج ، إلا أنه ليس ثابتًا وقت الخلع ، بل يثبت بعده ؛ إذ العدة التي يجب لها فيها النفقة والسكنى إنما تكون بعد الخلع لا وقته .

١٥٤٩ - ولكن لو نص عليهما وقته ، بأن قال لها : خالعتك على نفقة العدة والسكنى . سقطا .

١٥٥٠ - هذا هو المأخوذ من المادة ، وهو مسلم بالنسبة للنفقة ، وأما السكنى فقد نصوا على أنه لا يصح إسقاطها بحال ، لما أن سكناها في غير بيت الطلاق معصية ، ولكن لو أبرأته عن مؤونة السكنى ، بأن كانت ساكنة في بيت هو ملكها أو تعطي أجرته من مالها صح ، فربما يحمل ما في المادة على هذا .

(مادة ٢٨٥)

إِذَا هَلَكَ بَدَلُ الْخُلْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ لِلزَّوْجِ ، أَوِ ادَّعَاهُ آخَرُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ ، فَعَلَيْهَا مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيمِيًّا [1] .

* * *

= الرجعة ، فلم يكن لها سكنى ولا نفقة ، كالملاعنة أو كالأجنبية ، وفارقت الرجعية في ذلك وأما الرجعية ؛ فلها السكنى والنفقة ؛ للآية والخبر والإجماع ؛ ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٤٤٦/٣) : « (ولو هلك بدله في يدها) قبل الدفع (أو استحق فعليها قيمته لو) البدل (قيميًا ، ومثله لو مثليًا) ؛ لأن الخلع لا يقبل الفسخ » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٣٥/٤ ، ٤٣٦) : « والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد ، وقيل : ضمان يد ، ومحل البينونة بالمجهول إذا لم يكن فيه تعليق ، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة . أما إذا قال : إن أبرأتني من صداقك ، أو من دينك فأنت طالق فأبرأته ، وهي جاهلة به لم تطلق ؛ لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق ، قاله السبكي وهو المعتمد وكلام الماوردي يوافقه ، وفي كلام القفال ما يدل عليه ، وفي كلام ابن الصلاح ما يخالفه ، وجرى عليه في الأنوار ، فقال : لو قال : إن أبرأت فأنت طالق ، فأبرأته جاهلة به لم تطلق ، بخلاف إن أبرأتني ، ومحل وقوع الطلاق عند التعليق بالبراءة من الصداق ، أو الدين إذا كان معلومًا ما إذا لم يتعلق بذلك الدين زكاة ، فإن تعلقت به الزكاة وأبرأته لم يقع الطلاق ؛ لأن الطلاق معلق على البراءة من جميع الدين ، والدين قد =

١٥٥١ - **وبدل الخلع** : إما أن يكون دينًا في ذمة الزوجة كثلاثين جنيهًا مثلًا ، أو عينًا كجمل معلوم أو عشرين قنطارًا من القطن مشارًا إليها .

١٥٥٢ - فإن كان الأول ، فلا يقال : إنه هلك قبل تسليمه للزوج ، أو استحقه شخص آخر غير الزوجة ؛ لأنه لا يتأتى فيه ذلك .

١٥٥٣ - وإن كان الثاني ، فما دام موجودًا ويمكنها تسليمه إلى الزوج ، أجبرت على التسليم متى طلبه .

١٥٥٤ - فإن عدم ، بأن هلك أو استهلك قبل تسليمه للزوج : فإما أن يكون قيميًّا كالجمل ، أو مثليًّا كالقطن .

١٥٥٥ - فإن كان قيميًّا ألزمت بدفع قيمته له ، فحينئذٍ ينظر إلى ما يساويه الجمل المعين من النقود ، وتعطيه له .

١٥٥٦ - وإن كان مثليًّا ألزمت بدفع مثله إليه . ومثله ما إذا كان موجودًا ، ولكن لا يمكنها تسليمه للزوج كما إذا ادعاه شخص وأثبت أنه مملوك وحكم له به . ففي هذه الحالة لا يمكنها التسليم ؛ لأنه صار مملوكًا لغيرها ، فتلزمها القيمة أو المثل .

١٥٥٧ - ولا فرق في الاستحقاق بين ما إذا كان قبل التسليم أو بعده ، بخلاف الهلاك أو الاستهلاك ، فإنها تلزم به إذا حصل أحدهما قبل التسليم لا بعده ؛ لأنه مضمون عليها ما دام في يدها ، فإذا سلمته صار مضمونًا على الزوج [1] .

= استحق بعضه الفقراء ، فلا تصح البراءة من ذلك البعض فلم توجد الصفة ، كما لو باع المال الذي تعلقت به الزكاة بعد الحول فإنه يبطل في قدرها ، نبه عليه ابن العماد وهو حسن وإن نظر فيه بعضهم » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٦٢/٤) : « إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر ؛ فإنه إن سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه ، وإن تلف فلا شيء له غيره ، والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد ، والدليل على ذلك أنه عقد يجوز في معين من الغرر ، فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة ، والوصية » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٢١٩/٥) : « (والعوض في الخلع كالعوض في الصداق ، والبيع إن كان مكيلًا ، أو موزونًا ، أو معدودًا ، أو مذروعًا لم يدخل في ضمان الزواج) إلا بقبضه (ولا يملك) الزوج (التصرف فيه إلا بقبضه) وتقدم في البيع مفصلًا (وإن تلف) عوض الخلع المكيل ونحوه (قبله) أي : قبل القبض (فله) أي : الزوج (عوضه) ولم ينفسخ الخلع بتلفه (وإن كان) عوض الخلع (غير ذلك) أي : غير مكيل ، ولا موزون ، ولا معدود ، ولا مذروع (دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه) قبل قبضه ، قلت : إن لم يكن معقودًا عليه بصفة أو رؤية متقدمة كالمبيع » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٠٢) : ١ - إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على =

(مادة ٢٨٦)

إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَقْتَ الْخُلْعِ بَرَاءَتَهُ عَنْ أُجْرَةِ رَضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا سَنَتَي الرَّضَاعِ ، أَوِ اشْتَرَطَ إِمْسَاكَهَا لَهُ وَالْقِيَامَ بِنَفَقَتِهِ بَعْدَ الْفِطَامِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وَقَبِلَتْ ذَلِكَ ، تُجْبَرُ عَلَى إِرْضَاعِ الْوَلَدِ مُدَّةَ السَّنَتَيْنِ ، وَتُلْزَمُ بِنَفَقَتِهِ فِي الْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ لِإِمْسَاكِهَا .

فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ، أَوْ هَرَبَتْ وَتَرَكَتْ لَهُ الْوَلَدَ ، أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَوْ مَاتَتْ هِيَ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ الرَّضَاعِ ، أَوْ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ إِمْسَاكِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِبَقِيَّةِ أُجْرَةِ الرَّضَاعِ إِلَى تَمَامِ مُدَّتِهِ وَبِنَفَقَةِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ الَّتِي قَبِلَتْ إِمْسَاكَ الْوَلَدِ فِيهَا ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ وَقْتَ الْخُلْعِ عَدَمَ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ إِذَا مَاتَتْ هِيَ أَوِ الْوَلَدِ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ .

وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا عَلَى إِرْضَاعِ حَمْلِهَا سَنَتَيْنِ ، وَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي بَطْنِهَا وَلَدٌ ، أَوْ أَسْقَطَتْ ، أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلْمُخَالِعِ حَقُّ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا بِقِيمَةِ الرَّضَاعِ عَنِ الْمُدَّةِ كُلِّهَا أَوْ مَا يَكُونُ بَاقِيًا مِنْهَا (١) .

* * *

= الزوجة بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : رجوع الزوج على الزوجية ببدل الخلع: المادة (١٠٩) : إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت ، أو تركت الولد ، أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية . أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٤٩/٣) : « ولو خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها أن ترضعه سنتين فإن مات ابنها قبل أن ترضعه شيئًا يرجع عليها بقيمة الرضاع للمدة ، وإن مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي ؛ لأن الرضاع مما يصح الاستئجار عليه قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ فيصح أن يجعل جعلًا في الخلع ، وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم فيرجع إلى قيمته ، ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلًا أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل ، وإن هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها ؛ لأن النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٣/٢) : « (ولا نفقة للمختلعة) لبينونتها (إلا في) زمن (الحمل) اللاحق به فيجب عليه نفقتها ، إلا أن يكون خالعها على إسقاطها فتسقط ، كما تسقط لو خالعها على إسقاط أجرة رضاعها إياه بعد وضعه لقول خليل : وجاز شرطه نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٥٦/٧) : « وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح ، وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ، ولا قدر الطعام والأدم ، ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله . وقال الشافعي لا يصح حتى =

١٥٥٨ - واعلم أن الولد إذا كان له مال ؛ فنفقته في ماله ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا . فإن لم يكن له مال ، فنفقته على أبيه حتى يبلغ المذكر حد الكسب وتتزوج الأنثى ما لم تكن مكتسبة بالفعل .

١٥٥٩ - ولاشك أن من ضمن النفقة أجرة الرضاع في مدته. فإذا خالع الزوج زوجته ، وجعل بدل الخلع أجرة رضاع ولده منها مدة الرضاع وهي سنتان ، لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ ﴾ (١) . أو جعل بدل الخلع إمساك الأم للولد مدة معلومة تنفق عليه فيها ، صح ذلك لرضاها بتحمل ما يلزم الأب ، وحينئذٍ تجبر الأم على ما التزمت به بدلًا للخلع ، فترضع الولد وتنفق عليه المدة المتفق عليها بينهما .

١٥٦٠ - فإذا حصل في أثناء المدة ما يسقط أجرة الرضاع عن الأب ، ووفت بما التزمت به ، فلا رجوع له عليها بشيء .

١٥٦١ - أما إذا حصل في أثناء المدة ما يسقط عنه أجرة الرضاع ، بأن تزوجها قبل مضي مدته ، فإنه يأخذ منها أجرة مثل المدة الباقية ، إلا إذا كان هناك شرط بخلاف ذلك . وإنما كان تزوجها به مسقطًا لأجرة الرضاع ؛ لأن المرأة لا تستحق أجرة على

= يذكر مدة الرضاع ، وقدر الطعام وجنسه ، وقدر الإدام وجنسه ، ويكون المبلغ معلومًا مضبوطًا بالصفة كالمسلم فيه ، وما يحل منه كل يوم . ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقًا ، وقد ذكرناه في الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام ، وقول النبي ﷺ : « رحم الله أخي موسى ، آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ؛ ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهي غير مقدرة ، كذا هاهنا . وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبي ، وما يحتاج إليه ؛ لأنه بدل ثبت له في ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفقه بعينه ، وإن أحب أخذه لنفسه ، وأنفق عليه غيره . وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي ، جاز فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع ، فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة . وهل يستحقه دفعة أو يومًا بيوم ؟ ، فيه وجهان ؛ أحدهما : يستحقه دفعة واحدة . ذكره القاضي في « الجامع » ، واحتج بقول أحمد : إذا خالعها على رضاع ولده ، فمات في أثناء الحولين . قال : يرجع عليها ببقية ذلك . ولم يعتبر الأجل ؛ ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقًا ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة . والثاني : لا يستحقه إلا يومًا بيوم . ذكره القاضي ، في « المجرد » ، وهو الصحيح ؛ لأنه ثبت منجمًا ، فلا يستحقه معجلًا ، كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالًا معلومة ، فمات المستحق له ؛ ولأن الحق لا يحل بموت المستوفي ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ، وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان ، كهذين . وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان ، كهذين ، بناء على أن الدين ؛ هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟ » .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

إرضاع ولدها ما دامت الزوجية موجودة .

١٥٦٢ – ومثل هذا ما إذا لم توف بما التزمت ، ولو كان السبب قهريًّا . فإذا هربت وتركت له الولد ، أو ماتت قبل تمام المدة المعينة ، أو مات الولد قبل انقضائها : فإما ألا يشترط أنه إن حصل شيء من هذا القبيل فلا تلزم بشيء ، أو يشترط .

١٥٦٣ – فإن كان الأول : فله أن يأخذ منها أجرة الرضاع والنفقة لما بقي من المدة .

١٥٦٤ – وإن كان الثاني : فلا يأخذ منها شيئًا وهو ظاهر، إلا أنه في صورة هربها أو موت الولد يأخذ منها هي ، وفي صورة موتها يأخذ المبلغ المقدر من تركتها ؛ لأنه دين عليها ، والمدين تُقْضَى ديونه من تركته .

١٥٦٥ – ومثل هذا في الحكم ما إذا خالعها على إرضاع حملها سنتين ، فإن ظهر أنها حامل ووضعت واستمر الولد حيًّا هذه المدة ، أجبرت على ما التزمت به .

١٥٦٦ – فإن ظهر أنها ليست بحامل ، أو حامل ولكنها لم تلده حيًّا بل نزل سقطًا ، أو ولدته حيًّا ولكنه مات في أثناء المدة ؛ فإنه يأخذ منها أجرة الرضاع عن المدة كلها إن لم يحصل رضاع أصلًا ، أو عن المدة الباقية إن حصل رضاع في بعضها ، إلا إذا كان هناك شرط يقضي بخلاف ذلك .

(مادة ٢٨٧)

إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى إِمْسَاكِ وَلَدِهَا إِلَى الْبُلُوغِ ، فَلَهَا إِمْسَاكُ الأُنْثَى دُونَ الْغُلَامِ . وَإِنْ تَزَوَّجَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَلِلزَّوْجِ أَخْذُ الْوَلَدِ مِنْهَا ، وَلَوِ اتَّفَقَا عَلَى تَرْكِهِ عِنْدَهَا ، وَيُنْظَرُ إِلَى أُجْرَةِ مِثْلِ إِمْسَاكِهِ فِي الْمُدَّةِ الْبَاقِيَةِ فَيَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٤٩٠) : « ولو اختلعت على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ صحَّ وهذا إذا كان أنثى أما في الابن فلا يصح ؛ لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى فإن تزوجت الأم فللأب أن يأخذ الولد منها وإن اتفقا لا يترك عندها ؛ لأن هذا حق الولد وينظر إلى أجر مثل إمساك الولد في تلك المدة ويرجع الزوج عليها بذلك وإنما يصح الخلع على إمساك الولد إذا بين المدة ؛ فإن لم يبين لا يصح سواء كان الولد رضيعًا أو فطيمًا ، وفي المنتقى إن كان الولد رضيعًا صح وإن لم يبين المدة وترضع الحولين كذا في الخلاصة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/٢٥٢) : « (يصح كون العوض منفعة تستأجر كإرضاع الطفل =

١٥٦٧ - والعوض المذكور في الخلع إن كان من خالص حق الزوجين ، وأسقط صاحب الحق حقه ، فلا كلام فيه .

١٥٦٨ - وإن كان من حقوق غيرهما ، فلا يملكان إسقاطه وإن اتفقا عليه إلا إذا أمكن .

١٥٦٩ - وينبني على هذا الأصل المسائل الآتية :

= وحضانته) ولو كان الولد من غيرهما (مدة معلومة) كما يصح كونه عينًا (فإن امتنع الطفل) من الارتضاع (أو مات انفسخ) العقد (في الباقي) من المدة لا في الماضي منها عملًا بتفريق الصفقة . (ويرجع) الزوج عليها (بقسطه) أي : الباقي (من مهر المثل) إذا وزع على أجرتي مثل المدتين (فإن خالعها على كفالته عشر سنين ترضعه منها سنتين وتحضنه وتنفقه) أي : تنفق عليه (الباقي) منها (وقدر كفاية كل يوم وكسوة كل فصل) أو سنة وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ووصفه (بصفات السلم الصحيح صح) الخلع بناء على صحة العقد الجامع بين عقدين مختلفي الحكم ؛ لأن فيه جمعًا بين إجارة وسلم (وإلا) بأن لم يقدر شيئًا أو كان مما لا يجوز السلم فيه أو لم يصفه بصفات السلم (فلا) يصح (ووجب) عليها له (مهر المثل) ، لفساد العوض (وللزوج) فيما إذا صح الخلع (أمرها بالإنفاق) على الطفل (و) له (أخذها) أي النفقة (لينفق) هو عليه فهو مخير بينهما وأراد بالإنفاق ما يشمل الكسوة ثم إن عاش الطفل حتى استوفى العوض فذاك (فإن خرج زهيدًا) أي : قليل الأكل وفضل من المقدر شيء (فالزائد للزوج أو رغيبًا) أي : كثير الأكل واحتاج إلى زائد (فالزائد عليه) أي : على الزوج .

(فإن مات) الطفل (في مدة الرضاع انفسخ) العقد (فيما بقي من مدته لا في) ما مضى منها ولا في (النفقة والكسوة) عملًا بتفريق الصفقة فيستوفي الزوج النفقة والكسوة ويرجع لما انفسخ العقد فيه من المدة إلى حصته من مهر المثل (فتقوم النفقة والكسوة وأجرة) مثل (مدة الرضاع) الماضية والباقية (وتعرف نسبة) قيمة (باقيها) من جميعها (فيؤخذ من مهر المثل) بتلك النسبة أما إذا مات بعد مدة الرضاع فيبقى استحقاق النفقة والكسوة كما صرح به أصله وشمله قوله : (ولا تتعجل النفقة) والكسوة أي : استحقاقها (بموته) في مدة الرضاع أو بعدها بل يبقى منجمًا كما كان لأن الدين إنما يحل بموت المدين (فإن انقطع جنس النفقة أو الكسوة ثبت) للزوج (الخيار) كما في السلم فيه إذا انقطع (في الجميع) أي : جميع المسلم فيه (لا في المنقطع) فقط كنظيره فيما لو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيبًا وأراد إفراده بالرد .

فقوله : (فإن اختار الفسخ فسخ في الجميع) زيادة إيضاح ومع هذا فلو قال : ثبت الخيار ، فإن اختار الفسخ فسخ في الجميع لا في المنقطع كان أخصر وأوضح ، وإنما لم يفسخ في المنافع كالأعيان لبعد بينهما جنسًا وعقدًا نقله في الأصل عن المتولي وأقره » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/١٣) : « وجاز للمرأة أن تخالع زوجها على إسقاط حضانة ولدها للأب ويسقط حقها من الحضانة وينتقل الحق فيها للأب وهذا دليل لأحد القولين الجاريين في أن من ترك حقه في الحضانة إلى من هو في ثالث درجة أنه لا يكون للثاني القيام ؛ لأن الأب المسقط له قام مقام الأم المسقطة فكما أنه لا قيام لمن بعدها مع وجودها فلا كلام له مع من قام مقامها وهو في المدونة أيضًا » .

١٥٧٠ - **أولًا** : إذا اختلعت من زوجها على أن تمسك الولد عندها مدة الحضانة أو أقل منها وتنفق عليه فيها ، صح ذلك الشرط ؛ لأنه لا يؤثر على حقوق الولد ما دامت قادرة على الإنفاق.

١٥٧١ - **ثانيًا** : إذا اختلعت من زوجها في نظير أن تمسك الولد مدة أكثر من مدة الحضانة بأن كانت إلى البلوغ ، ففي هذه تفصيل ؛ لأن الولد : إما أن يكون مذكرًا ، أو مؤنثًا .

١٥٧٢ - فلو كان مذكرًا كان هذا الشرط لاغيًا ، لأن هذا الشرط مخالف لمصلحته ؛ إذ المصلحة في تسليمه إلى الأب بعد انتهاء مدة الحضانة التي هي سبع سنين وهي سن التمييز ؛ لأنه يحتاج بعدها إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه عند الأم يتخلق بأخلاق النساء ، ولا شك أن في هذا ضررًا بالنسبة إليه ، فيلغو ولو اتفقا عليه ، ولا يبقى عندها بعد السبع .

١٥٧٣ - وإن كان الولد مؤنثًا ، قالوا : إن الشرط صحيح إلى البلوغ ؛ لأنه ليس فيه تضييع حق الولد .

١٥٧٤ - وبالتأمل نرى أن البنت لها حقوقا أيضًا ، فتمكث عند كل من الأبوين الزمن الذي يكون فيه أقدر على القيام بشؤونها من الآخر ، فتبقى عند الأم إلى سن السبع الذي هو سن التمييز ، وتترك عندها بعد ذلك سنتين لاحتياجها بعد التمييز إلى من يعلمها الأمور المنزلية ، والأم أقدر على ذلك من الأب . فإذا بلغت تسع سنين فقد بلغت حد الشهوة ، وحينئذٍ تسلم إلى الأب ؛ لأنه في هذه الحالة أقدر على صيانتها التي من أعظم حقوق البنت ، وإن كان فيها حق غيرها أيضًا ، فكيف يقال بعد ذلك أن البنت تترك عندها إلى البلوغ ، اللّهم إذا كان هذا جاريًا على القول المرجوح من أن الأم لها حق حضانة الأنثى إلى البلوغ ، والمفتى به خلافه .

١٥٧٥ - **ثالثًا** : إذا اختلعت من زوجها على إمساك الولد زمنًا لا يزيد عن مدة الحضانة ، وتزوجت في أثناء المدة بغير محرم للصغير ، فللزوج أخذه منها ، وليس لها أن تحتج بالاتفاق الحاصل بينهما ؛ لأن في مراعاته إسقاط حق الولد ؛ إذ بقاؤه عند زوجها الأجنبي مضر به ، فينزع منها ولا يسري اتفاقهما عليه . وفي هذه الحالة ينظر إلى أجرة مثل إمساك الولد في المدة الباقية ويأخذه منها .

١٥٧٦ - **رابعًا** : إذا اختلعت من زوجها بشرط أن الأب يمسك الولد عنده مدة الحضانة ، بطل هذا الشرط ، وإن كان الخلع صحيحًا ؛ لأن مصلحة الصغير في إبقائه

عند أمه مدة الحضانة ؛ إذ هي أقدر من الأب على القيام بلوازمه في هذا الزمن ، وحينئذٍ يؤخذ من الأب ولو قهرًا ، ويسلم إلى الأم حتى تنتهي مدة حضانتها ، إلا إذا لم تتوفر فيها شروط الحضانة ، بأن تزوجت بغير محرم للصغير ، أو كان الولد يضيع عندها لاشتغالها بغيره كما ستعرفه في باب الحضانة . ويجبر الأب على كل ما يلزم الولد في هذه المدة من نفقته وأجرة حضانته ، إن كان الولد فقيرًا .

١٥٧٧ - خامسًا : إذا اختلعت من زوجها بشرط أن تنفق على الولد مدة معلومة ، فإن كانت قادرة على ذلك بأن كانت موسرة ؛ صح وتلزم بالإنفاق عليه حسب الشرط . وإن كانت غير قادرة على الإنفاق عليه ، بأن كانت معسرة وطالبته بنفقة ولده ، أجبر عليها ؛ لأن النفقة وإن كانت من حقوق الولد تلزم الأب إن كان الولد فقيرًا ، إلا أن الأم إذا التزمت بها فإن أمكن تنفيذ هذا الالتزام بدون ضرر على الصغير بأن كانت موسرة ، حكمنا بصحة هذا الالتزام لعدم الضرر . وإن لم يمكن التنفيذ إلا بضرر يلحق الصغير ، ألغينا هذا الالتزام بالنسبة للولد ، وإن كان باقيًا بالنسبة لها .

١٥٧٨ - ولذا قالوا : إنه يجبر عليها ، ولا تسقط عن الأم بل تكون دينًا له في ذمتها يأخذها منها إذا أيسرت . وهذا معنى قولهم : لا يسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على الزوجة ، بل يجبر المخالع وهو الزوج على الإنفاق على ولده إذا كانت معسرة ، ويكون دينًا له على الزوجة يأخذه منها عند الميسرة ؛ لأن بدل الخلع دين عليها والنفقة واجبة للولد ، فلا تسقط بدين له عليها إذا لم تكن قادرة على الوفاء بما التزمت ، كما إذا كان له عليها دين آخر غير بدل الخلع ولا تقدر على قضائه ، فليس له في هذه الحالة أن يمتنع عن الإنفاق محتجًا بأنها تنفق عليه من هذا الدَّين .

١٥٧٩ - ومثل هذا ما إذا كانت موسرة ؛ ولكنها قصرت في الإنفاق على الولد ؛ فله أن يأخذ منها النفقة الكافية ويتولى الإنفاق عليه ؛ لأن هذا حق الولد [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٠٣) : إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان الولد فقيرًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١١) : إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية اخذ منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيرًا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٧) لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا عن أي حق من حقوقهم .

(مادة ٢٨٨)

اشْتِرَاطُ الرَّجُلِ فِي الخُلْعِ إِمْسَاكَ وَلَدِهِ عِنْدَهُ مُدَّةَ الحَضَانَةِ بَاطِلٌ وَإِنْ صَحَّ الخُلْعُ ، وَلِلْمَرْأَةِ أَخْذُهُ وَإِمْسَاكُهُ مُدَّةَ الحَضَانَةِ ، مَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا بِمُوجِبٍ . وَعَلَى أَبِيهِ أُجْرَةُ حَضَانَتِهِ وَنَفَقَتُهُ إِنْ كَانَ الوَلَدُ فَقِيرًا (١) .

* * *

١٥٨٠ - والزوجة : إما أن تكون كبيرة ، أو صغيرة .

١٥٨١ - فإن كانت كبيرة عاقلة : فإما أن تكون صحيحة ، أو مريضة . فإن كانت صحيحة : فإما أن تكون رشيدة ، أو محجورًا عليها . وكل بكل الأحكام المتقدمة خاصة بالزوجة الكبيرة الصحيحة إذا كانت غير محجور عليها للسفه ، وستأتي أحكام غيرها بعد أحكام الصغيرة على حسب ترتيب المواد .

١٥٨٢ - وإن كانت صغيرة : فإما أن يحصل الخلع بين زوجها وأبيها ، أو يحصل بينها بين زوجها . فإن كان الأول : فإما أن يكون بعوض ، أو بغير عوض . فإن كان بغير عوض ، كما إذا قال له : اخلع ابنتي . فقال الزوج : خلعتها . فلا كلام في وقوع الطلاق وعدم لزوم شيء من المال ؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاعه .

١٥٨٣ - وإن كان بعوض : فإما أن يكون من مال الزوجة ، أو من مال الأب . فإن كان من مال الزوجة : فإما أن يلتزم به الأب ، أو لا يلتزم .

١٥٨٤ - فإن لم يلتزم به ، اختلف في وقوع الطلاق ، ولا يلزم المال إجماعًا . وإن التزم به أو كان من ماله وقع الطلاق ، ولزم المال الأب ، ولا يلزمها شيء .

١٥٨٥ - **وينبني على هذا المسائل الآتية** :

١٥٨٦ - **أولًا** : إذا قال له : خالعت بنتك على ما لها عندي من المهر أو على مائه جنيه من مالها . فقبل الأب ، وقع الطلاق عند بعضهم ، معللين ذلك بأن الطلاق معلق على قبول الأب ، وقد وجد فيقع . ولم يوقعه البعض الآخر ، مستدلًّا بأن القبول - وإن وجد - لكن المال غير لازم ، فيفوت غرض الزوج ، فلا يقع الطلاق .

١٥٨٧ - **وقال الفقهاء** : إن الأول أصح ، وإن كان الثاني هو الظاهر ، لفوات غرض الزوج ، اللَّهم إلا أن يجاب : بأن الزوج لما كان ينبغي له العلم بأن الأب لا يجوز له

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٤٦٣/٣) : « وليس له إمساك الولد عنده ؛ لأن إمساكه عند أمه حقه » .

التبرع بمال بنته ؛ لأن تصرفه مقيد بالمصلحة ، فقد رضي بوقوع الطلاق من غير عوض ، ولو كان جاهلًا هذا الحكم ؛ لأن الجهل بالأحكام الشرعية لا يعد عذرًا إلا في مسائل مخصوصة (١) .

(مادة ٢٨٩)

لَا يَسْقُطُ دَيْنُ نَفَقَةِ الْوَلَدِ بِدَيْنٍ لِلْمُخَالِعِ عَلَى الْمَرْأَةِ .

فَإِذَا خَالَعَتْهُ عَلَى نَفَقَةِ وَلَدِهَا ، وَكَانَتْ مُعْسِرَةً ، وَطَالَبَتْهُ بِهَا ، يُجْبَرُ عَلَيْهَا ، وَتَكُونُ دَيْنًا لَهُ فِي ذِمَّتِهَا ، يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا إِذَا أَيْسَرَتْ (٢) .

* * *

١٥٨٨ – **ثانيًا** : إذا قال الأب للزوج : خالع ابنتي على مهرها، على أني ملتزم لك به . فخالعها الزوج على ذلك ، وقع الطلاق، ولزم الأب تسليم مثل المهر إلى الزوج إن كان مثليًا ، أو قيمته إن كان قيميًا ، ولا يسقط شيء من مهرها . فإن كان مقبوضًا ، سلم لها . وإن لم يكن مقبوضًا ، فإن شاءت طالبت به الأب . فإن دفعه، فلا رجوع له على أحد . وإن شاءت طالبت به الزوج إن كانت من أهل الطلب ، ويجبر على تسليمه إليها ، وبعد ذلك يأخذه من الأب ؛ لأنه التزم به ، فيسري عليه لا على البنت .

(مادة ٢٩٠)

يَجُوزُ لِأَبِي الصَّغِيرَةِ أَنْ يَخْلَعَهَا مِنْ زَوْجِهَا .

فَإِنْ خَلَعَهَا بِمَالِهَا أَوْ بِمَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنْهُ ، طَلُقَتْ بَائِنًا ، وَلَا يَلْزَمُهَا الْمَالُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ ،

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٠٢) : ٢ – إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينًا له على الأم .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١٠) : إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينًا له على الأم .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في حاشية ابن عابدين على البحر الرائق (٩٧/٤) : « قال في الحاوي الزاهدي : ولو اختلعت نفسها من زوجها بمهرها ونفقة ولدها عشر سنين ، وهي معسرة لا تقدر على نفقة ولدها فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد ؛ لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد عنه بدين عليها كما إذا كان له عليها دين آخر ، وهي لا تقدر على قضائه لا تسقط نفقة الولد عنه قال وعليه الاعتماد : لا على ما أجاب به سائر المفتين أنه تسقط » .

وَلاَ يَسْقُطُ مَهْرُهَا .

وَإِنْ خَلَعَهَا عَلَى مَهْرِهَا أَوْ عَلَى مَالٍ ، وَالْتَزَمَ بِأَدَائِهِ مِنْ مَالِهِ لِلْمُخَالِعِ ، صَحَّ ، وَوَقَعَتِ الْفُرْقَة ، وَلَزِمَهُ الْمَالُ أَوْ قِيمَتُهُ إِن اسْتُحِقَّ ، وَلا يَسْقُطُ الْمَهْرُ ، بَلْ تُطَالِبُ بِهِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، وَهُوَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَبِيهَا إِنْ كَانَ الْخُلْعُ عَلَى الْمَهْرِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢٧٣/٢ ، ٢٧٤) : « (وإن خلع صغيرته بمالها لم يجز عليها) أي : لو خلع الأب ابنته الصغيرة بمالها لا ينفذ عليها أما في حق وجوب المال فظاهر ؛ لأن الخلع على مالها كالتبرع به لكونه مقابلًا بما ليس بمال ولا متقوم وهو منافع البضع ؛ لأنها لا قيمة لها حالة الخروج ، ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث بخلاف نكاح المريض ، وكذا لو قتلها إنسان لا يضمن لزوجها شيئًا من منافع بضعها والأب لا يملك التبرع بمالها . وأما في حق وقوع الطلاق ففيه روايتان . وقوله : لم يجز عليها يحتمل وجهين ، أحدهما : أن لا يقع الطلاق بقبول الأب ؛ لأن الأب لما لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعًا مع البنت كأنه خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة إذا خالع عنها الأجنبي ، والثاني : أنه لم ينفذ عليها في حق وجوب المال فقط ويقع الطلاق بقبول الأب وهو الأصح ذكره في المنتقى ووجهه أنه علقه بقبول الأب فيكون كتعليقه بسائر أفعاله ولا يلزم من عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق ، ألا ترى أن الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يوجب شيئًا . (ولو بألف على أنه ضامن طلقت والألف عليه) أي : لو خالعها الأب على أنه ضامن لبدل الخلع جاز ولزمه المال ؛ لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب أولى ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة ؛ لأن المال لا يلزمها وإنما المراد به التزام المال ابتداء ؛ لأنه يجوز اشتراطه على الأجنبي على ما تقدم بخلاف بدل العتق حيث لا يجوز اشتراطه على الأجنبي والفرق أن الإعتاق إثبات القوة والطلاق إسقاط الملك ولا يحصل لها به شيء لم يكن لها من قبل واشتراط البدل فيه التزام للمال ابتداء كالكفالة فيصح اشتراطه على الأجنبي ؛ كما يصح عليها وفي العتق يحصل له به قوة شرعية فصار معاوضة كالبيع فلا يصح اشتراطه على الأجنبي كالثمن والدليل على أنه معاوضة أنه لو أعتقه على خمر يجب عليه قيمة نفسه ، ولو خالعها عليها لا يجب شيء فافترقا ؛ ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها إن كانت أهلًا له بأن تكون مميزة وهي التي تعرف أن الخلع سالب والنكاح جالب ؛ فإن قبلت وقع اتفاقًا لوجود الشرط ووقوع الطلاق يعتمده دون لزوم المال على ما تقدم وإن قبل الأب عنها صح في رواية ؛ لأنه نفع محض ؛ لأنها تتخلص عن عهدته بلا مال ولذلك صح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في أخرى ؛ لأن قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الأصح وإن خالعها على مهرها توقف على قبولها فإن قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شيء لما ذكرنا وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه وإن ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وهو المقصود ثم قيل تأويل المسألة أن يخالعها على مال آخر مثل مهرها ، أما الخلع على مهرها فغير جائز ؛ لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه في ذلك ، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر ؛ لأن العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الأب إياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر فإن كان مهرها ألفًا مثلًا وكان قبل الدخول لزمه الألف قياسًا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة ، وقد تقدم وجههما وأصله أن الكبيرة إذا خالعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول بها وقبل قبض المهر في القياس يلزمها خمسمائة ؛ لأنه وجب له عليها ألف بالشرط ووجب لها عليه خمسمائة بالطلاق =

= قبل الدخول فالتقيا بقدره قصاصًا فبقي عليها خمسمائة زائدة وبعد القبض يجب عليها ألف وخمسمائة ؛ ألف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان لا يجب عليها شيء قبل القبض ؛ لأن المهر يراد به ما تستحقه المرأة عرفًا وهو نصف المهر فيسقط عنه وبعد القبض يجب عليها رد خمسمائة بالشرط لما قلنا وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع وعلى ما ذكره قاضي خان فيما تقدم يجب عليها رد الألف كله ثم جملة ما فيه أنه يقع الطلاق بقبولها في الصور كلها وفي وقوعه بقبول الأب روايتان ؛ ما لم يضمن ولو ضمن كما في الكبيرة إذا خالع عنها الأجنبي وقد ذكرنا حكم خلع الأب فنذكر طرفًا من حكم خلع الأجنبي ليزداد وضوحًا لكونه مبنيًا عليه فنقول بدل الخلع إذا أضيف إلى الأجنبي يشترط قبوله وإن أضيف إلى المرأة وإلى العين والمرأة مخاطبة أو لم يضف إلى أحد يشترط قبولها ؛ لأنها أولى بهذا العقد ؛ إذ الملك يسقط عنها ؛ بيانه : رجل قال لآخر : اخلع امرأتك على هذا العبد أو على هذا الألف فالقبول إلى المرأة ؛ لأن البدل لم يضف إلى أحد ولزمها تسليم ذلك أو قيمته إن عجزت ، ولو قال : اخلعها على عبدي هذا أو على ألفي هذه فخلعها صح الخلع ولا يحتاج إلى قبول المرأة ؛ لأن العاقد هو الأجنبي ولا إلى قبوله ؛ لأن الواحد يتولى طرفي العقد فيه كالنكاح وكان البدل عليه ؛ لأنه أضيف إليه وإن استحق فعليه قيمته ، ولو قالت لزوجها : اخلعني على عبد فلان أو داره ، فأجابها يشترط قبولها ؛ لأنها مخاطبة ، وكذا لو قال الزوج : خالعتك على عبد فلان ؛ لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قال الزوج لرب العبد : خالعت امرأتي على عبدك يعتبر قبول صاحب العبد ؛ لأن العقد أضيف إليه ، ولو قال رجل للزوج : اخلع امرأتك على عبد فلان يعتبر قبول فلان ؛ لأن البدل أضيف إليه ، ولو قالت : اخلعني على ألف على أن فلانًا ضامن فأجابها تم الخلع معها ؛ لأنها العاقدة وتوقف الضمان على قبول فلان ، ولو وكلت رجلًا بأن يخلعها من زوجها بألف ففعل لزمها المال دون الوكيل ؛ لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل ولو ضمن الوكيل صح وطولب به وإذا أدى رجع به عليها ؛ لأنه يملك الخلع من مال نفسه بغير أمرها فكان فائدة الأمر بالخلع وجوب الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن حيث لا يرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره ؛ لأنه لا يملك أن يزوجه بغير أمره فكان فائدة الأمر جواز النكاح والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا » .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة الوردية (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) : « (ومن أبيها يجري ولا نيابة ولا استقلالًا أبدى بما من مال بنتي قالا) بألف الإطلاق أي : والخلع الجاري من أبيها بشيء قال : إنه من مالها ، ولا أظهر أنه فعل ذلك نيابة عنها ، ولا استقلالًا رجعي كخلع السفيه ؛ لأن الأب وإن كان أهلًا للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها كالسفيه وهي لم تلتزم مالًا فلا يمكن مطالبة واحد منهما والزوج مستقل بالطلاق فيقع رجعيًا وهذا التوجيه موجود في اختلاعها بمغصوب ولهذا خرج القاضي هنا وجهًا أنه يقع بائنًا بمهر المثل وفرق الأول بأن الزوجة تبذل المال ليصير منفعة البضع لها والزوج لم يبذل الملك لها مجانًا فلزمها المال والأب متبرع بما يبذله ، لا تحصل له فيه فائدة ، فإذا أضاف إلى مالها فقد صرح بترك التبرع ، وبنى البغوي على الفرق أنه لو خالع الأجنبي بمغصوب ، أو غير مال وقع رجعيًا كما قدمته ، فإن أبدى نيابة لم تطلق كما سيأتي ، أو استقلالًا بانت بمهر المثل عليه ، كما مرّ . وكذا لو اختلع بمالها ولم يقل : إنه من مالها ؛ لأنه التزم المال في نفسه ، فكان كخلعها بمغصوب (وبراءة عن المهر وأن يتولى والدُها إبراءه عنه . أي : المهر) ، ضمن . وخلع الأب ببراءة الزوج عن مهرها ، أو بأنه يضمن براءته عنه رجعي ، أما في الأولى ؛ فلأنه ليس له الإبراء ولم يلتزم في نفسه شيئًا فلما فات العوض أشبه السفيه ، وأما في الثانية ؛ فلأنه لا معنى لضمان البراءة فيلغو وتبع في =

= الفرق بينها وبين ما قدمه فيما لو خالع بشرط أنه ضامن للمهر إن طولب به الزوج من وقوعه بائنًا الإمام والغزالي والذي أطلقه الجمهور كما في الروضة وأصلها ، ونص عليه في الأم أنه إذا خالعه بالبراءة عن المهر وضمن له دركه وقع بائنًا بمهر المثل عليه من غير فرق ؛ لأنه التزم المال في نفسه فأشبه الخلع بمغصوب وبعدم الفرق صرح صاحب البيان والمراد بالضمان هنا الالتزام لا المفتقر إلى أصيل (أو) بأن قالت لزوجها : (أنت إن طلقتني بريء) من مهري (فطلق الزوج فذا رجعي) ؛ لأن تعليق الإبراء لغو والطلاق طمعًا فيه بغير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضًا ذكره الرافعي ، ثم قال : ولا يبعد إلحاقه بالعوض الفاسد لطمعه في حصول البراءة ورغبتها في الطلاق بها ، ثم أورد هذا في آخر الباب عن فتاوى القاضي وأقره وعلله بأنه لم يطلق مجانًا بالإبراء وظن صحته واختار هذا صاحب البيان وغيره وصححه ابن الصلاح واعتمده السبكي وقال البلقيني : إن ظن الزوج الصحة فبائن وإن علم البطلان فرجعي وهذا أخذه من تعليل الرافعي السابق ، أما تعليق الطلاق بالإبراء فصحيح فإن علقه بالإبراء مما لها عليه فبائن ، أو مما لها على غيره فرجعي حكاه الرافعي عن القفال وأقره ؛ لأنه في الثانية محض تعليق ، وفي الأولى معنى المعاوضة وصححه فيها صاحب الكافي وجزم به في الثانية » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢٧٣/٥ ، ٢٧٤) : « (وجاز من الأب عن المجبرة) . من المدونة : للأب أن يخالع عن ابنته الصغيرة بإسقاط كل المهر ، وإن خالع به عنها بعد البناء قبل بلوغها جاز عليها ، وله أن يزوجها قبل بلوغها كالبكر . اللخمي : إن كانت ثيبًا فتأيمت قبل البلوغ ثم بلغت فقيل يجبرها على النكاح فعليه له أن يخالع عنها . وقيل : لا يجبرها ولا يخالع عنها (بخلاف الوصي) . ابن عرفة : في خلع الوصي عن يتيمته دون إذنها ثالثها إن لم تبلغ . وفي المدونة : يجوز خلع الوصي عن البكر برضاها . المتيطي : إن كانت الزوجة محجورًا عليها بأب أو وصي مات التزمت له بإذن أبيها أو وصيها ؛ إذ هي في حجره لقرب بناء زوجها بها وكان إذن فلان المذكور لما رآه في ذلك من الغبطة والحيطة عليها (وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف) . ابن عرفة : في خلع الأب عن ابنته الثيب في حجره كالبكر ووقفه على إذنها ثم ذكر الخلاف . والذي لابن سلمون : لا يجوز للأب أن يمضي الخلع على ابنته الثيب وإن كانت في ولايته على المشهور وإن كانت بكرًا فذلك له . (وبالغرر كجنين) » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٦٨/٧) : « إذا قال الأب : طلق ابنتي ، وأنت بريء من صداقها . فطلقها ، وقع الطلاق رجعيًا ، ولم يبرأ من شيء ، ولم يرجع على الأب ، ولم يضمن له ؛ لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه ، فأشبه الأجنبي . قال القاضي : وقد قال أحمد : إنه يرجع على الأب . قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلًا بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه ؛ لأنه غره ، فرجع عليه ، كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح ، لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيًا ؛ لأنه خلا عن العوض . وفي الموضع الذي يرجع عليه ، يقع الطلاق بائنًا ؛ لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هي طالق إن أبرأتني من صداقها . فقالت : قد أبرأتك . لم يقع الطلاق ؛ لأنه لا يبرأ . وروي عن أحمد ، أن الطلاق واقع . فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء ، دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها . لم يقع ؛ لأنه علقه على شرط ولم يوجد . وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلي الدرك . فطلقها ، طلقت بائنًا ؛ لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ؛ لأنه ليس له بذلها » .

وجاء فيه أيضًا (٢٧٠/٧) : « وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير ، وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك ، فقال : قد اختلف فيه . وكأنه رآه قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه =

١٥٨٩ - ثالثًا : إذا قال له : خالع ابنتي على بيتي هذا (مثلًا) . فخالعها الزوج على ذلك ، وقع الطلاق أيضًا ، ولزم الأب تسليمه إلى الزوج .

١٥٩٠ - فإن ظهر أن البيت مستحق لغيره ، ألزم بدفع قيمته إليه ، وليس له أن يأخذ شيئًا من بنته في مقابلة ذلك ؛ لأنه أضاف بدل الخلع إلى ماله ، فيسري عليه لا عليها ، فيلزم بما التزم .

(مادة ٢٩١)

إِذَا جَرَى الْخُلْعُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَزَوْجَتِهِ الْقَاصِرَةِ ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهَا بَدَلًا مَعْلُومًا ، تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا .

فَإِنْ قَبِلَتْ وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ ، بِأَنْ كَانَتْ تَعْقِلُ أَنَّ النِّكَاحَ جَالِبٌ وَالْخُلْعَ سَالِبٌ ، تَمَّ الْخُلْعُ ، وَلا مَالَ عَلَيْهَا ، وَلا يَسْقُطُ مَهْرُهَا .

وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ ، أَوْ قَبِلَتْ وَلَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِهِ ، فَلا تَطْلُقُ . وَلَوْ قَبِلَ عَنْهَا أَبُوهَا ، فَإِنْ بَلَغَتْ وَأَجَازَتْ قَبُولَهُ ، جَازَ عَلَيْهَا . وَإِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ عَلَى مَهْرِهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ مُمَيِّزَةٌ وَقَبِلَتْ ، تَطْلُقُ رَجْعِيًّا ، وَلا يَسْقُطُ مَهْرُهَا (١) .

* * *

١٥٩١ - وإن جرى الخلع بينها وبين زوجها ، واشترط عليها عوضًا معلومًا ، بأن قال لها : خالعتك في نظير مهرك ، أو : في نظير خمسين جنيهًا . فإما أن تقبل ، أو لا تقبل .

= أبو الصقر ، فيخرج على قولين ؛ أحدهما ، يملك ذلك . وهو قول عطاء ، وقتادة ؛ لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه . رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو ، أن المعتوه إذا عبث بأهله ، طلق عليه وليه . قال عمرو ابن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو ؛ ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه ، إذا لم يكن متهمًا ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير . والقول الآخر : لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » . رواه ابن ماجه . وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ؛ ولأنه إسقاط لحقه . فلم يملكه ، كالإبراء من الدين ، وإسقاط القصاص ؛ ولأن طريقه الشهوة ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير ، كالقول في زوجة ابنه الصغير ؛ لأنه في معناه » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٠٣/١) : « إذا خلع الصغيرة ولم يضمن المهر توقف على قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت ويلزمه خمسمائة استحسانًا كذا في الهداية هذا إذا لم يدخل بها وإن دخل بها فلها جميع المهر ، والأب يضمنه للزوج كذا في الفصول العمادية » .

فإن قبلت : فإما أن تكون من أهل القبول ، أو لا .

١٥٩٢ - فإذا لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول ، بأن كانت لا تعرف أن النكاح جالب للمهر والخُلع سالب للعوض ، فلا يقع الطلاق ؛ لأنه في الأول معلق على القبول ولم يوجد ، والقبول وإن وجد في الثاني لكنه كالعدم ؛ إذ العقود لا تعتبر إلا إذا كان المتعاقدان يميزان العقد الذي يتوليانه، ولم يوجد هذا التمييز فلا يقع الطلاق .

١٥٩٣ - وإن قبلت وهي من أهل القبول ، بأن كانت تميز هذا العقد عن غيره بأن كانت تعلم أن النكاح جالب للمهر وأن الخلع سالب للعوض ، وقع الطلاق ولا يلزم المال ، أما وقوع الطلاق ، فلوجود القبول وليس للصغيرة التبرع بشيء من مالها ، فكان اللازم أن يعرف الزوج هذا الحكم ، فلا يعذر بجهله فلا يسقط شيء من مهرها ، سواء كان هو بدل الخلع أو غيره .

١٥٩٤ - وفي صورة عدم القبول إذا قبل عنها أبوها ، جاز ذلك عليها إن أجازته بعد البلوغ .

١٥٩٥ - ومثل هذا في الحكم ما إذا طلقها الزوج على مهرها أو مال آخر غيره ، فإنها إن قبلت وهي من أهل القبول ، وقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر ، وإن لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول ، فلا يقع . ولكن الواقع في الخلع طلاق بائن ، وفي هذا رجعي ؛ لأنه إذا لم يلزم المال ، يكون معنا لفظ الخلع ولفظ الطلاق ، والواقع بالأول بائن وبالثاني رجعي .

(مادة ٢٩٢)

لَا يَصِحُّ خُلْعَ الأَبِ عَنِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجِيزَ خُلْعًا أَوْقَعَهُ ابْنُهُ الْقَاصِرُ (١) .

* * *

(١) **قول المالكية** : جاء في المدونة (٢/٢٥١ ، ٢٥٢) : « خلع الأب عن ابنه وابنته قلت : أرأيت ما حجة مالك حين قال : يجوز خلع الأب والوصي على الصبي ويكون ذلك تطليقه ، قال : جوز ذلك مالك من وجه النظر للصبي ، ألا ترى أن إنكاحهما إياه عليه جائز فكذلك خلعهما ، قال ابن القاسم : وإنه ممن لو طلقها لم يجز طلاقه فلما لم يجز طلاقه كان النظر في ذلك بيد غيره وإنما أدخل جواز طلاق الأب والوصي بالخلع على الصبي حين صارا عليه مطلقين ، وهو لا يقع على الصبي أن يكون ممن نكره لشيء ولا يجب له ما رأى الأب له أو الوصي من الحظ في أخذ المال له ، كما يعقدان عليه وهو ممن لم يرغب ولم يكره لما يريان له فيه من الحظ من النكاح في المال من المرأة الموسرة والذي له فيها من نكاحها من الرغبة فينكحانه وهو كاره لما دخل ذلك من سبب المال ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وسببه . =

١٥٩٦ - وكل هذه الأحكام بالنسبة للصغيرة . وأما الصغير ، فليس لأبيه أن يخالع زوجته ، ولو في مقابلة عوض تدفعه للصغير ؛ لأن الخلع طلاق ، وهو بيد الزوج ، فلا يملكه غيره إلا بإذنه ، والصبي ليس له أن يأذن فيه .

١٥٩٧ - وكما لا يجوز للأب خلع زوجة ابنه ، كذلك لا يجوز له أن يجيز خلعًا أوقعه ابنه القاصر ؛ لأن هذا الخلع باطل ، فلا تلحقه الإجازة ؛ إذ هي لا تلحق إلا الموقوف .

(مادة ٢٩٣)

الْمَحْجُورُ عَلَيْهَا لِسَفَهٍ إِذَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَالٍ ، وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ ، وَلا يَلْزَمُهَا الْمَالُ . وَإِنْ طَلَّقَهَا تطليقة عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ ، تَقَعُ رَجْعِيَّةً (١) .

* * *

= قلت : فإن كبر اليتيم واحتلم وهو سفيه أو كان عبدًا زوجه سيده بغير أمره وذلك جائز عليه أو بلغ الابن المزوج وهو صغير ، بلغ الحلم وهو سفيه أو زوج الوصي اليتيم وهو بالغ سفيه بأمره ، قال : إن كان بالغًا عبدًا أو يتيمًا أو أتيًا بالطلاق ويكرهه ويكون ممن لو طلق ووليه أو سيده أو أبوه كارهًا يمضي طلاقه ويلزمه فعله منه لم يكن للسيد في العبد ولا للأب في الابن ولا للوصي في اليتيم أن يخالع عنه ؛ لأن الخلع إنما يكون بطلاق وهو ليس إليه طلاق ابن وهب وقد قال مالك في الرجل يزوج يتيمه وهو في حجره : إنه يجوز له أن يبارئ عليه ما لم يبلغ الحلم إن رأى ذلك خيرًا ؛ لأن الوصي ينظر ليتيمه ويجوز أمره عليه وإنما ذلك ضيعة لليتيم ونظر له ، ألا ترى أن مالكًا قال لما صار الطلاق بيد اليتيم لم يجز له صلحه عليه كما أن الطلاق بيد العبد ليس بيد السيد وإن كان قد كان جائزًا للسيد أن يزوجه بلا مباراة فكل من ليس بيده طلاق فنظر وليه له نظر ، ويجوز فعله عليه لما يرى له من الغبطة في المال » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٨/١) : « ولو اختلعت هذه المرأة السفيهة من زوجها بمال جاز الخلع ولم يجب المال عليها لا في الحال ولا في الثاني ، ثم الطلاق إن وقع بما هو صريح في باب الطلاق كانت تطليقة رجعية يملك الزوج الرجعة إن كان دخل بها ، وإن وقع بلفظ الخلع يقع بائنًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٣٣/٤ ، ٤٣٤) : « (وإن خالع) بعد الدخول (سفيهة) أي محجورًا عليها بسفه بلفظ الخلع كأن قال : خالعتك على ألف (أو قال : طلقتك على ألف ، فقبلت طلقتْ رجعيًا) ولغا ذكر المال ؛ لأنها ليست من أهل التزامه وإن أذن لها الولي ، وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك ، وخرج ببعد الدخول ما إذا كان قبله فإنه يقع بائنًا ولا مال . قال المصنف في نكته : وهو واضح ، وبمحجور عليها ما إذا سفهت بعد رشدها ولم يحجر عليها فإنه يصح تصرفها على الأصح .

تنبيه : محل وقوع الطلاق إذا لم يعلق الطلاق على شيء . أما لو قال لها : إن أبرأتني فأنت طالق ، فقالت في الحال : أبرأتك ، لم يقع الطلاق صرح به الخوارزمي في الكافي كما نقله البلقيني عنه واعتمده ، وإن أفتى السبكي بوقوع الطلاق ؛ إذ لا وجه له ؛ لأن الصفة المعلق عليها وهي الإبراء لم توجد فلا يقع الطلاق ، وللبلقيني في صورة التعليق بالإعطاء احتمالان أرجحهما عنده أنها لا تطلق بالإعطاء ، وهو كذلك ، فإنه =

١٥٩٨ - وإن كانت الزوجة كبيرة عاقلة ، ولكنها غير رشيدة ، بأن كانت محجورًا عليها لسفه ، واختلعت من زوجها على مال ، سواء كان المال هو المهر أو غيره ، وقع الطلاق البائن ، ولا يلزم المال .

١٥٩٩ - أما وقوع الطلاق فلتعليقه على القبول ، وقد وجد . وأما عدم لزوم المال ؛ فلأن المحجور عليه للسفه ليس له أن يتبرع بشيء من أمواله ، فألغينا لزوم المال .

١٦٠٠ - ولو قيل بأن الطلاق لا يقع ؛ لأن غرض الزوج من هذه الفرقة استحقاقه للبدل ، فإذا لم يستحقه فلا يقع الطلاق ، لكان ظاهرًا كما تقدم في الصغيرة ، اللَّهم

= لا يحصل به الملك ، والثاني : أنه لو سلخ الإعطاء عن معناه الذي هو التمليك إلى معنى الإقباض فتطلق رجعيًا (فإن لم تقبل لم تطلق) هو تصريح بمفهوم ما قبله ؛ لأن الصفة تقتضي القبول فأشبهت الطلاق المعلق على صفة ، ولا بد من حصولها ، ولو قال لرشيدة ومحجور عليها بسفه : خالعتكما بألف فقبلت إحداهما فقط لم يقع طلاق على واحدة منهما ؛ لأن الخطاب معهما يقتضي القبول منهما ، فإن قبلتا بانت الرشيدة لصحة التزامها بمهر المثل للجهل بما يلزمها من المسمى وطلقت السفيهة رجعيًا » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢/٢٦٩ ، ٢٧٠) : « إذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع ، ولم يجب المال ، فإذا صارت مصلحة لم تؤخذ بذلك . والأمة إذا اختلعت نفسها من زوجها بمال لا يجب المال في الحال ، فإذا أعتقت أخذت بذلك . والفرق أن الأمة محجور عليها لحق الغير ، وإنما امتنع نفاذه لحق المولى ، فإذا أعتقت خلص الحق لها ، وزال المانع فلزمها المال ، كما لو أقرت بدين . وليس كذلك المرأة ؛ لأنها محجورة لحق نفسها ، فلم ينفذ قولها في حق نفسها ، فصارت كالصغيرة والمجنونة إذا أقرتا بمال واختلعتا أنفسهما من الزوج بمال ثم بلغ الصبي وبريء المجنون لا يلزمهما المال ، كذلك هذا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٦٧ ، ٢٦٨) : « يصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعوض صحيح ؛ لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتها في حال حجرها ، كما لو استدانت منه ، أو باعها شيئًا في ذمتها ، فأما المحجور عليها لسفه ، أو صغر ، أو جنون ، فلا يصح بذل العوض منها في الخلع ؛ لأنه تصرف في المال ، وليس هي من أهله ، وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن ؛ لأنه ليس له الإذن في التبرعات ، وهذا كالتبرع . وفارق الأمة ، فإنها أهل التصرف . ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه ، ويفارق المفلسة ؛ لأنها من أهل التصرف . فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقًا ، فهو طلاق رجعي ، ولا يستحق عوضًا ، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق ، كان كالخلع بغير عوض . ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا ؛ لأنه إنما رضي به بعوض ، لم يحصل له ، ولا أمكن الرجوع ببدله . قال أصحابنا : وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن ؛ لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ ، وهذا لا حظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك ، إذا رأى الحظ فيه ، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ، وتخاف منه على نفسها وعقلها ، ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيرًا ولا سفهًا ، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها ، وحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز بذله في مداواتها ، وفكها من الأسر . وهذا مذهب مالك . والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء . وإن خالعها بشيء من ماله جاز ؛ لأنه يجوز من الأجنبي ، فمن الولي أولى » .

إلا أن يقال : إن الزوج كان يلزمه العلم بعدم لزومه ؛ إذ هي سفيهة ، فجهله بهذا لا يعد عذرًا .

١٦٠١ - ولكن بقي أن يقال : كيف يكون هذا تبرعًا مع قولهم : إن الخلع من جهة الزوجة معاوضة ، فكان مقتضى القياس أن يأخذ الخلع أحكامها ، ويكون موقوفًا على إجازة الولي ، فإن رأى فيه خيرًا نفذه ، وإلا أبطله .

١٦٠٢ - ويجاب عن ذلك بما قالوه من أن : البضع في حالة الخروج غير متقوم ، ومثل هذا يقال في خلع الصغيرة المميزة ، وهذا بالنسبة للخلع ، وأما بالنسبة للطلاق على مال بأن قال لها : طلقتك في نظير خمسين جنيهًا (مثلًا) . فقبلت وقع الطلاق رجعيًا ، ولا يلزم لما ذكر . ولا يخفى أن ما قيل في الخلع يرد هنا أيضًا .

(مادة ٢٩٤)

خُلْعُ الْمَرِيضَةِ مَرَضَ الْمَوْتِ صَحِيحٌ .

وَإِنْ كَانَ عَلَى مَالٍ ، يُعْتَبَرُ مِن ثُلُثِ مَالِهَا : فَإِنْ مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، فَلِمُخَالِعِهَا الأَقَلُّ مِنْ مِيرَاثِهِ وَمِنْ بَدَلِ الْخُلْعِ وَمِنْ ثُلُثِ الْمَالِ .

وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَلَهُ الأَقَلُّ مِنَ الْبَدَلِ وَمِنَ الثُّلُثِ .

وَإِنْ بَرِئَتْ مِن مَرَضِهَا ، فَلَهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ الْمُسَمَّى [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٤٩/٣ ، ١٥٠) : « ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث ؛ لأنها متبرعة في قبول البدل فيعتبر من الثلث ، فإن ماتت في العدة فلها الأقل من ذلك ومن ميراثه منها . ولو خالعها على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعد النكاح ؛ لأن الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش الجهالة والخطر أيضًا فلم تصح التسمية فلا تستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر ؛ لأن الخلع على الحكم خلع على ما يقع به الحكم ولا يقع إلا بمال متقوم عادةً ، فكان الخلع على الحكم خلعًا على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم إلا أنه لا سبيل إلى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولًا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع إلى ما استحقته من المهر ثم ينظر إن كان الحكم إلى الزوج فإن حكم بمقدار المهر تجبر المرأة على تسليم ذلك ؛ لأنه حكم بالقدر المستحق . وكذلك إن حكم بأقل من مقدار المهر ؛ لأنه حط بعضه فهو تملك حط بعضه ؛ لأنه تملك حط الكل فالبعض أولى ، وإن حكم بأكثر من المهر لم تلزمها الزيادة ؛ لأنه حكم لنفسه بأكثر من القدر المستحق ، فلا يصح إلا برضاها ، وإن كان الحكم إليها فإن حكمت بقدر المهر جاز ذلك ؛ لأنها حكمت بالقدر المستحق وكذلك إن حكمت بأكثر من قدر المهر ؛ لأنها حكمت لنفسها بالزيادة وهي تملك بذل الزيادة وإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضا الزوج ؛ لأنها =

= حطت بعض ما عليها وهي لا تملك حط ما عليها ، وإن كان الحكم إلى الأجنبي فإن حكم بقدر المهر جاز ، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة والنقصان إلا برضا الزوج ؛ لأن في الزيادة إبطال حق المرأة وفي النقصان إبطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ، ولو اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره ، فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة ؛ لأن قبول البدل إلى المرأة ، والزوج يدعي عليها شيئًا وهي تنكر فكان القول قولها .

ولو قال لها : طلقتك أمس على ألف درهم أو بألف درهم فلم تقبلي ، فقالت : لا بل كنت قبلت ، فالقول قول الزوج ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال لإنسان : بعتك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل فقال : لا ، بل قبلت أن القول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الزوج في مسألة الطلاق لم يصر مناقضًا في قوله فلم تقبلي ؛ لأن قول الرجل لامرأته طلقتك أمس على ألف يسمى طلاقًا على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضًا بخلاف البيع ؛ لأن الإيجاب بدون القبول لا يسمى بيعًا فكان الإقرار بالإيجاب إقرارًا بالقبول فصار البائع مناقضًا في قوله فلم تقبل ؛ ولأن المرأة في باب الطلاق تدعي وقوع الطلاق ؛ لأنها تدعي وجود شرط الوقوع ، والزوج ينكر الوقوع لإنكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٤٣٤) : « (ويصح اختلاع المريضة) أي التي مرضت (مرض الموت) لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفيهة كما للمريض أن ينكح أبكارًا بمهور أمثالهن من غير حاجة (ولا يحسب من الثلث إلا) قدر (زائد على مهر مثل) بخلاف مهر المثل وأقل منه فمن رأس المال ؛ لأن التبرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي ، ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثًا بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم أو معتق . فإن قيل : قد جعلوا خلع المكاتب تبرعًا وإن كان بمهر المثل أو أقل فهلا كان المريض كذلك ، . أجيب بأن تصرف المريض أتم ، ولهذا وجب عليه نفقة الموسرين بخلاف المكاتب ، ويصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل ؛ لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥/٢٨٩ ، ٢٩٠) : « (ولم يجز خلع المريضة) وابن رشد : ظاهر الموازية مع المدونة عدم جواز خلع المريضة (وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه تأويلان) من المدونة : إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها . قال ابن القاسم : وأنا أرى لو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها لم يجز ، وأما على مثل ميراثه منها فأقل فجائز ولا يتوارثان .

عياض : في كون قول ابن القاسم تفسيرًا أو خلافًا قولًا الأكثر والأقل ، وروي عن مالك ويوقف المال حتى تصح أو تموت » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦/١١٥ ، ١١٦) : « القسم الثالث : أن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها ، يكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها . وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالعها بعد دخوله بها ، وماتت قبل انقضاء عدتها ؛ لأنها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه . وعند مالك : إن زاد على مهر المثل ، فالزيادة مردودة وعن مالك ، أن خلع المريضة باطل . وقال الشافعي : الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث . وقال أبو حنيفة : إن خالعها قبل دخوله بها ، أو مات بعد انقضاء عدتها ، فالعوض من الثلث ، ومثال ذلك : امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين ، لا مال لها سواها ، وصداق مثلها اثنا عشر ، فله خمسة عشر ، سواء قل صداقها أو كثر ؛ لأنها قدر ميراثه . وعند الشافعي : له ثمانية عشر ، اثنا عشر ؛ لأنها قدر صداقها ، وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة . وإن كان =

١٦٠٣ - وإن كانت الزوجة كبيرة عاقلة غير محجور عليها ، ولكنها مريضة ، وخالعت زوجها على مال معلوم : فإما أن تبرأ من هذا المرض ، أو لا .

١٦٠٤ - فإن برئت منه ، فلا كلام في أنه يستحق كل العوض ؛ لأنه تبين أن مرضها ليس مرض الموت ، فتكون كالصحيحة .

١٦٠٥ - وإن لم تبرأ ، بل ماتت في هذا المرض . فإن كان مرض الموت بأن كانت وقته لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تموت وهي في عدة الطلاق الواقع بالخلع . الثاني : أن تموت بعد انقضائها .

= صداقها ستة ، فله أربعة عشر ؛ لأن ثلث الباقي ثمانية .

مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ، ومهر مثلها عشرة ، ثم مرضت ، فاختلعت منه بالمائة ، ولا مال لها سواها ، فلها مهر مثلها ، ولها شيء بالمحاباة ، والباقي له ، ثم رجع إليه نصف مالها بالمحاباة ، وهو خمسة ونصف شيء ، فصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين ، فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون ، وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ، ورجع إليهم بالخلع أربعة وعشرون ، فصار معهم ستة وسبعون ، وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع إليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة ، فصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء ثلاثة أثمانها ، وهو سبعة وثلاثون ونصف ، فصار لها ذلك ومهر المثل ، رجع إليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف ، فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون ، وهو مثلا محاباتها .

وعند أبي حنيفة : يرجع إليهم ثلث العشر وثلث الشيء ، فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء ، فالشيء ثلاثة أثمانها ، وهو خمسة وثلاثون مع العشرة ، صار لها خمسة وأربعون ، رجع إلى الزوج ثلثها ، صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون ، هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى ، فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمسا ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذي صحت المحاباة فيه ، فلها ذلك وعشرة بالمثل ، صار لها مائة وثمانية وستون ، رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون ، وكان الباقي معه اثنان وثلاثون ، صار له مائة وستة عشر ، ولورثتها أربعة وثمانون » .

وجاء فيه أيضًا (٧/٢٧٠ ، ٢٧١) : « (وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها ، فالخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة) وجملة الأمر : أن المخالعة في المرض صحيحة ، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما جميعًا ؛ لأنه معاوضة ، فصح في المرض ، كالبيع . ولا نعلم في هذا خلافًا . ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع ، إن خالعته بزيادة ، بطلت الزيادة . وهذا قول الثوري وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حابته فمن الثلث ؛ لأنه ليس بوارث لها ، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي . وعن مالك كالمذهبين . وعنه : يعتبر بخلع مثلها . وقال الشافعي : إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث . ولنا : على أنه لا يعتبر مهر المثل ، أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا ، واعتبار مهر المثل تقويم له . وعلى إبطال الزيادة ، أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئًا من مالها بغير عوض ، على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأمَّا قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه . وإن صحت من مرضها ذلك ، صح الخلع ، وله جميع ما خالعها به ؛ لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت ، كالخلع في الصحة » .

١٦٠٦ - فإن كان الأول فللزوج الأقل من أشياء ثلاثة ، وهي بدل الخلع ومقدار إرثه منها وثلث مالها . فلو كان ما يخصه من تركتها ستين جنيهًا ، وبدل الخلع سبعين ، والثلث ثمانين فله الستون ؛ لأنها الأقل . ولو كان الثلث أربعين فهي له ؛ لأنها الأقل .

١٦٠٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا ماتت بعد انقضاء العدة ، فللزوج الأقل من شيئين ، وهما بدل الخلع وثلث مالها . وإنما لم ينظر إلى مقدار ما يرثه منها في هذه الحالة ؛ لأن الإرث لا يتأتى بعد انقضاء العدة ، ولذا لو كان الخلع قبل الدخول كان الحكم ما ذكر لعدم العدة ، وإنما حكم الفقهاء بهذا الحكم لتهمة المواضعة بين الزوجين ؛ إذ يجوز أن الزوجة تريد أن تعطي للزوج أكثر مما يستحق في الميراث لو ماتت وهي على ذمته ، فتبذل عوض الخلع الذي هو أكثر من استحقاقه في التركة ، فيكون فيه إضرار بباقي الورثة ، فيرد عليهما هذا القصد . وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لم يزد ما يستحقه الزوج من الميراث عن بدل الخلع في وقت من الأوقات ، مع أنهم فرضوه .

١٦٠٨ - وقالوا : يعطى الزوج بدل الخلع ، إذ الزوج لو علم أن ما يأخذه من بدل الخلع أقل مما يستحقه في الميراث لم يقبل الخلع الذي تبين المرأة به وتموت وهي على غير ذمته فلا يرثها ، اللّهم إلا أن يجاب : بأن الخطأ حصل منهما في تقدير التركة .

(مادة ٢٩٥)

لَا يُطَالَبُ الْوَكِيلُ بِالْخُلْعِ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِالْبَدَلِ الْمُخَالَعِ عَلَيْهِ إِلاَّ إِذَا أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ إِضَافَةَ مِلْكٍ أَوْ ضَمَانٍ . فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مُوَكِّلَتِهِ [1] .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٦١٢/١) : « الوكيل بالخلع لا يملك قبض البدل كذا في فتاوى قاضي خان . الوكيل بالخلع المطلق يملكه بقليل وكثير عنده ، وعندهما لا يجوز بأقل من مهر مثلها كذا في التتارخانية » .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٤٩/٣ ، ٢٥٠) : « (وإن وكلته ليختلعها بمائة فاختلع) بها أو بدونها (جاز) لأنه أتى في الأولى بالمأذون فيه وزاد في الثانية خيرًا (أو بأكثر) منها (في مالها أو بغير جنسه) أي : العوض كأن قالت له خالع بدراهم فخالع بدنانير أو ثوب (وزعمه بوكالة) منها (نفذ) الخلع بخلاف وكيل الزوج إذا نقص عن مقدره كما مر لمخالفة الزوج المالك للطلاق والمرأة لا تملكه وإنما يعتبر منها قبول العوض فمخالفة وكيلها إنما تؤثر في العوض وفساده لا يمنع البينونة ؛ ولأن الخلع من جانب الزوج فيه شوب تعليق فكأن التعليق بالمقدر وعند نقصه لم تحصل الصفة (ولزمها مهر المثل) سواء أزاد على مقدرها أم نقص لفساد العوض قال في الحاوي الصغير . وعلى وكيلها الزائد على مهر المثل ، وإذا غرمه لا يرجع به عليها ؛ لأنه التزمه من عنده واستشكل البارزي لزوم الزائد بأن مهر المثل إنما وجب لفساد العوض فلا وجه للزومه ، قال : ولم يتعرض له =

١٦٠٩ - ولا شك في أن المرأة هي التي تطالب ببدل الخلع متى لزمها ، فلا يطالب به غيرها . ولكن هذا إذا كانت هي المباشرة له ، فلو وكلت غيرها بأن يخلعها من زوجها ، ففعل الوكيل ، فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

= الغزالي ولا الرافعي . (ولا يطالب وكيلها) بما لزمها (إلا إن ضمن) كأن يقول على إني ضامن ، فيطالب بما سمي وإن زاد على مهر المثل ولا يؤثر ترتب ضمانه على إضافة فاسدة ؛ لأن الخلع عقد يستقل به الأجنبي فجاز أن يؤثر فيه الضمان بمعنى الالتزام وإن ترتب على ذلك خلاف ضمان الثمن ونحوه (فإن أضاف) الوكيل (الخلع إلى نفسه) أو أطلقه ولم ينوها كما اقتضاه كلام الإمام وغيره (فهو كالأجنبي) فيلزمه العوض ؛ لأن اختلاع الأجنبي لنفسه صحيح فإضافته إلى نفسه أو إطلاقه على الوجه المذكور إعراض عن التوكيل واستبداد بالخلع مع الزوج (وإن أطلق) الخلع (ولم يضف) إليه ولا إليها وقد نواها (طولب) بما سماه وإن زاد على ما سمته وعليها منه ما سمته ؛ لأن صرف اللفظ المطلق إليه ممكن فكأنه افتداها بمسماها وزيادة من عنده فعليه ما زاده وفهم بالأولى ما صرح به الأصل من أن الحكم كذلك فيما لو أضاف مسماها إليها وما زاده إليه .
(و) إذا غرم في هذه وفي مسألة الضمان (رجع) عليها (لكن بقدر ما سمت) فقط إن سمت شيئًا ؛ لأنها لم ترض بأكثر منه ولأن الزائد في مسألة الضمان تولد من فعله وقضيته أن لها أن ترجع عليه فيها بما غرمته زائدًا على مسماها ويكون استقرار الزائد عليه ، قاله الرافعي : (وإن أطلقت التوكيل فكأنها قدرت مهر المثل) فيأتي فيه ما مرّ من أنه قد يخالع به أو بأقل أو بأكثر منه وإنه يطالب بما سماه وإن زاد على مهر المثل ، وإنه إذا آل الأمر إلى رجوعه عليها لا يرجع إلا بقدر مهر المثل (فرع) لو (خالع وكيلها) الزوج (بخمر أو خنزير) مثلًا (ولو بإذنها) فيه (نفذ) لأنه وقع بعوض مقصود وفارق نظيره في البيع بأن في الخلع معنى التعليق فكأن الزوج علق الطلاق بقبول ذلك فأشبه ما إذا خاطبها به فقبلت . (ولزمها مهر المثل) لفساد العوض (أو) خالع (وكيله) أي الزوج (على خمر) مثلًا وكان قد (وكله بذلك فكذلك) أي فينفذ بمهر المثل (لا إن خالف) وكيله (فأبدل خمرًا) وكله بالخلع بها (بخنزير فيلغو) أي : الخلع ؛ لأنه غير مأذون فيه وهذا من زيادته هنا وقد قدمه كأصله في باب الوكالة » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/٢١) : « الزوجة إذا قالت لوكيلها : خالع عني زوجي بعشرة مثلًا فزاد على ما سمت له أو عن خلع المثل إن أطلقت فإن الخلع يلزم ويقع الطلاق على الزوج ، ويلزم الزوجة ما سمت للوكيل فقط ، والزائد على ما سمته أو على خلع المثل على وكيلها » .
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٤٢٠ ، ٤٢١) : « (وإن وكلت المرأة في ذلك ، فخالع بمهرها فما دون ، أو بما عينته فما دون : صح) بلا نزاع (وإن زاد : لم يصح) . هذا أحد الأقوال . وجعله ابن منجا في شرحه المذهب . وصححه الناظم . ويحتمل أن يصح ، وتبطل الزيادة يعني : أنها لا تلزم الوكيل . وقيل : لا تصح في المعين ، وتصح في غيره . وقيل : تصح ، وتلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب . صححه في الرعايتين . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والحاوي الصغير ، والوجيز . وقدمه في المغني ، والكافي ، والشرح . وقال القاضي في المجرد : عليها مهر مثلها . ولا شيء على وكيلها ؛ لأنه لم يقبل العقد لها ، لا مطلقًا ولا لنفسه . بخلاف الشراء . وأطلقهن في الفروع ، إلا الثاني . فإنه لم يذكره . وقال في المستوعب : إذا وكلته وأطلقت : لا يلزمها إلا مقدار المهر المسمى . فإن لم يكن فمهر المثل . وقال فيما إذا زاد على ما عينت له يلزم الوكيل الزيادة . وقال ابن البنا : يلزمها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو المسمى » .

١٦١٠ - **الأول** : أن يرسل بدل الخلع .

١٦١١ - **الثاني** : أن يضيفه إلى الزوجة .

١٦١٢ - **الثالث** : أن يضيفه إلى نفسه إضافة ملك أو ضمان .

١٦١٣ - فإن كان الأول بأن قال : اخلع امرأتك بمائة جنيه . والثاني بأن قال له : اخلع امرأتك على بيتها هذا . كان المطالب بالبدل هي المرأة مثل ما إذا كانت المباشرة للخلع .

١٦١٤ - وإن كان الثالث بأن قال : اخلع امرأتك على مائتي هذه، أو: على مائتي جنيه على أني ضامن لها ، ثبت للزوج حق مطالبة الوكيل لا الزوجة ، ويكون للوكيل حق مطالبة المرأة بهذا البدل ، سواء دفعه للزوج أو لم يدفعه ، سواء أمرته بالضمان أو لم تأمره ؛ لأنه دفع ما هي ملزمة به ، والإذن ولو دلالة كاف في الرجوع عليها بما دفع وهو موجود فيرجع .

(مادة ٢٩٦)

يَصِحُّ تَعْجِيلُ بَدَلِ الخُلْعِ وَالطَّلاقِ وَتَأْجِيلُهُ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ [1] .

* * *

١٦١٥ - ومتى ثبت للزوج الحق في المطالبة ببدل الخلع ، سواء كان المطالب هو الزوجة أو غيرها ، فله الطلب في الحال إلا إذا كان هناك شرط يقضي بخلاف ذلك ؛ لأن بدل الخلع يصح أن يكون كله معجلًا ، وأن يكون مؤجلًا ، وأن يكون البعض معجلًا والبعض مؤجلًا إلى أجل معلوم قصر أو طال على حسب الاتفاق ، ويصح أن يكون مقسطًا على أقساط معلومة يدفع كل قسط منها في وقت مخصوص . ولو حصل

(١) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٢٢٢/٤) : « ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة ، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالًا ، وهذا لأنه لما كان إسقاطًا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة ، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الأجنبي ؛ لأن هذه تجوز مهرًا » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٥/٤) : « وتعجيله لها ما لا يجب قبوله يعني وكذلك لا يجوز أن يخالعها على أن يعجل لها دينًا عليه لا يجب عليها قبوله كالعروض والطعام من سلم أو من بيع أو المال المؤجل مع خوف الطريق ؛ لأن ذلك يؤدي إلى « حط الضمان وأزيدك » فالزوجة قد حطت عنه الضمان وزادها العصمة فإذا وقع الخلع نفذ ولا رجوع له ويرد المال إلى أجله ويأخذ منها ما أعطاها كما في المدونة ، فقوله : وتعجيله مصدر مضاف لفاعله ، وقوله : (لها) مفعوله الأول تعدى له بحرف الجر ، وقوله (ما) مفعوله الثاني تعدى له بنفسه » .

تأخير عن دفع القسط لم يحل باقي الأقساط إلا إذا اشترط ذلك .

(مادة ٢٩٧)

إِذَا خَالَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ ، وَأَخَذَ مِنْهَا بَدَلًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِأَنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا مِن أَصْلِهِ ، لا يقْبَلُ الخُلْع ، فَلَهَا أَنْ تَسْتَرِدَّ مَا أَخَذَهُ (١) .

* * *

١٦١٦ - والزوج لا يستحق بدل الخلع إلا إذا كان عقد الزواج صحيحًا ؛ لأن الخلع مثل الطلاق في أن كلًّا منهما لا يكون إلا بعد العقد الصحيح .

١٦١٧ - وينبني على هذا : أنه لو كان التزوج فاسدًا ، وحصل الخلع أو الطلاق على عوض ، وسلمته المرأة للمخالع ، فلها أن تسترده منه ؛ لأنه أخذه بغير حق ؛ إذ المرأة ما دفعت هذا العوض إلا لتملك عصمتها ، وهذا ثابت لها قبل الخلع ؛ لأن العقد فاسد لا تترتب عليه الأحكام ، فلها أن تتركه في أى وقت شاءت ، فتكون قد دفعت بدل الخلع لظنها أنه يستحقه . فإذا تبين غير ذلك ، أخذته منه . وهذا كمن دفع لغيره دينًا ظانًّا أنه عليه ، فتبين خلافه فإن له استرداده (٢) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٨١/٣) : « وفي البزازية : والخلع في النكاح الفاسد لا يسقط المهر ؛ لأنه ليس بخلع . ومفهومه : أنه لا يجب البدل عليها لو شرط بالأولى وإذا ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل والكل إن دخل كذا في الخانية » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢١٣/٥) : « لو خالعته ثم وجد نكاحها فاسدًا كان الخلع باطلًا وترجع بما أخذ منها ولا نكاح بينهما » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٧٦/٣) : « و (لا) يصح (خلع) في نكاح فاسد (لخلوه) أي : الخلع (عن العوض) ؛ لأنه إذا كان الطلاق بائنًا بلا عوض فلا يستحق عوضًا ببذله ؛ لأنه لا مقابل للعوض » .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٠٥) : للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١ - إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها .

٢ - إذا جن الزوج بعد العقد .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : التطليق للضرر : « يمكن للزوجة أن تطلب تطليقها من زوجها لأجل الضرر الحاصل لها منه، والذي لا يستطاع معه دوام العشـرة الزوجية . والضرر ينقسم إلى قسمين :

= ضرر مادي ويقع على ذات الزوجة : كالضرب والجرح وما إليهما .
ضرر معنوي ويقع على نفسها : كالسب والقذف وما أشبه ذلك .
« تقدم دعوى التطليق بواسطة محام بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين » .
« وتؤدى الرسوم القضائية على المقال، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .
« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ونوع الضرر المدعى به » .
« يرفق مقال هذه الدعوى برسم الزواج أو بنسخة منه مصادق عليها » .
« تثبت الزوجة الضرر بكل الوسائل المقبولة مثل شهادة الشهود أو بحكم نهائي بإدانة الزوج بارتكابه العنف في حقها أو غير ذلك » .
« تقوم المحكمة قبل البت في هذه الدعوى بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وإذا فشلت محاولة التصالح أو بعد استدعاءين وتخلف الزوجين أو أحدهما عن الحضور، تصدر المحكمة أمرًا بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى » .
« إذا ثبت إضرار الزوج بزوجته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه » .
« إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين للسداد بين الزوجين .
وعلى الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما » .
« إذا عجز الحكمان عن الإصلاح رفعا الأمر إلى المحكمة للنظر في القضية على ضوء تقريرهما » .
« يكون للاستئناف والطعن بالنقض ولآجالهما أثر واقف » .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١٦) : إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة ومرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر : كالجذام ، أو البرص ، أو السل ، أو الزهري ، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال ؛ وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ؛ فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضًا ، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق . للزوج طلب فسخ عقد الزواج لوجود علة بالزوجة لا يمكن المقام معها .
المادة (١١٧) : للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيبًا جنسيًا مانعًا من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضًا منفرًا بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنًا .
المادة (١١٨) : العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج إثبات العيب .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٣٠) لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب أو مرض مستحكم ، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى برؤه أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة ، عقليًا كان المرض ، أو عضويًا أصيب به قبل العقد أو بعده .
المادة (١٣١) يسقط الحق في طلب التفريق للعيب أو المرض إذا علم به قبل العقد أو رضي به صراحة بعده .

الباب الثالث
في الفرقة بالعنة ونحوها

(مادة ٢٩٨)

إِذَا وَجَدَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا عِنِينًا لا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِهَا في الْقُبُل، وَلَمْ تَكُنْ عَالِمَةً بحاله وَقْتَ النِّكَاحِ ، فَلَهَا أَنْ تَطْلُبَ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ إِذَا لَمْ تَرْضَ بِهِ .

وَإِذَا وَجَدَتْهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ ، وَلَمْ تُخَاصِمْهُ زَمَنًا ، فَلا يَسْقُطُ حَقُّهَا لا قَبْلَ الْمُرَافَعَةِ وَلا بَعْدَهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٢٢ ، ٥٢٣) : « العنين : هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، فإن كان يصل إلى الثيب دون الأبكار أو إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به ، أو لضعف في خلقه ، أو لكبر سنه ، أو سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها كذا في النهاية . إذا أولج الحشفة فليس بعنين ، وإن كان مقطوعها فلا بد من إيلاج بقية الذكر في البحر الرائق إذا رفعت المرأة زوجها إلى القاضي ، وادعت أنه عنين ، وطلبت الفرقة فإن القاضي يسأله : هل وصل إليها أو لم يصل ؟ ؛ فإن أقر أنه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرًا أم ثيبًا ، وإن أنكر وادعى الوصول إليها فإن كانت المرأة ثيبًا فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها كذا في البدائع . فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة كذا في الكافي ، وإن قالت : أنا بكر نظر إليها النساء وامرأة تجزئ ، والاثنتان أحوط وأوثق ، فإن قلن : إنها ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه كذا في السراج الوهاج . فإن حلف فلا حق لها ، وإن نكل يؤجله سنة كذا في الهداية ، وإن قلن : هي بكر ، فالقول قولها من غير يمين ، وإن وقع للنساء شك في أمرها ، فإنها تمتحن قال بعضهم : تؤمر حتى تبول على الجدار فإن أمكنها أن ترمي على الجدار فهي بكر وإلا فهي ثيب ، وقال بعضهم : تمتحن ببيضة الديك فإن وسعتها فهي ثيب ، وإن لم تسعها فهي بكر كذا في السراج الوهاج . إن شهد البعض بالبكارة والبعض بالثيوبة يريها غيرهن وإذا ثبت عدم الوصول إليها أجله القاضي سنة طلب الرجل التأجيل أو لم يطلب ، ويشهد على التأجيل ويكتب لذلك تاريخًا في فتاوى قاضي خان ابتداء التأجيل من وقت المخاصمة كذا في المحيط لا يكون هذا التأجيل إلا عند قاضي مصر أو مدينة ؛ فإن أجلته المرأة أو أجله غير القاضي لا يعتبر ذلك في فتاوى قاضي خان في التأجيل تعتبر السنة القمرية في ظاهر الرواية كذا في التبيين ، وهو الصحيح كذا في الهداية . روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تعتبر سنة شمسية وهي لا تزيد على القمرية بأيام وذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي إلى رواية الحسن أخذًا بالاحتياط ، وكذلك صاحب التحفة ، وهذا هو المختار عندي كذا في غاية البيان وهو اختيار شمس الأئمة في المبسوط ، واختيار الإمام قاضي خان والإمام ظهير الدين في التأجيل أنه يقدر بسنة شمسية أخذًا بالاحتياط كذا في الكفاية وعليه الفتوى كذا في الخلاصة عن شمس الأئمة الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءًا من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا كذا في الكافي .

= وفي المجتبى إذا كان التأجيل في أثناء الشهر تعتبر السنة بالأيام إجماعًا ؛ كذا في البحر الرائق ويحتسب في هذه السنة أيام حيضها وشهر رمضان كذا في الجامع الكبير لقاضي خان . لا يحتسب بمرضه ومرضها كذا في الهداية فإن مرض في تلك السنة يؤجل أيضًا مقدار مرضه عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى كذا في الفتاوى الكبرى . إن حج أو غاب احتسب عليه بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت حيث لا يحتسب عليه من المدة كذا في التبيين . لو كانت محرمة حين خاصمته لم يؤجله القاضي حتى تفرغ من الحج كذا في النهاية . قال محمد رحمه الله : إن خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الإحلال ، وإن خاصمته وهو مظاهر فإن كان يقدر على الإعتاق أجل سنة من حين الخصومة ، وإن كان لا يقدر على ذلك أجل أربعة عشر شهرًا ، فإن أجل سنة وليس بمظاهر ، ثم ظاهر في السنة لم يزد على المدة بشيء كذا في البدائع » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٤٠/٤ ، ٣٤١) : « (أو وجدته عنينًا) وهو العاجز عن الوطء في القبل خاصة ، قيل : سمي عنينًا للين ذكره وانعطافه . مأخوذ من عنان الدابة للينه (أو مجبوبًا) وهو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة ؛ أما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار لها ، وجواب إذا المقدرة في كلام المتن قوله : (ثبت) لواجد العيب من الزوجين (الخيار في فسخ النكاح) كما تقرر . لكن بعد ثبوت العيب عند القاضي كما سيأتي ، وثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء وجاءت به الآثار ، وصح ذلك عن عمر رضي الله عنه في الثلاثة الأول ، وهي المشتركة بين الزوجين ، رواه عنه الشافعي وعول عليه ؛ لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف ، وفي الصحيح : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » قال الشافعي في الأم : وأما الجذام والبرص فإنه : أي كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد ، وقال في موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي كثيرًا ، وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه ، فإن سلم أدرك نسله. فإن قيل : كيف قال الشافعي إنه يعدي وقد صح في الحديث « لا عدوى » ؟ أجيب بأن مراده أنه يعدي بفعل الله لا بنفسه ، والحديث ورد ردًا لما يعتقده أهل الجاهلية من نسبة الفعل لغير الله تعالى وأن مخالطة الصحيح لمن به شيء من هذه الأدواء سبب لحدوث ذلك الداء ؛ ولأن معظم النكاح هو الوطء ، والقرن والرتق مانعان منه فيتعذر مقصوده ، وحكى الماوردي إجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٨٤/٢ ، ١٨٥) : « في العِنِين قلت : أرأيت العنين متى يضرب له الأجل ؟ . أمن يوم تزوجها أم من يوم ترفعه إلى السلطان ، قال : من يوم ترفعه إلى السلطان ، وكذلك قال مالك . قلت : أرأيت العنين إذا فرق السلطان بينهما ، أيكون أملك بها في العدة ، قال : قال مالك : لا يكون أملك بها في العدة ولا رجعة له عليها . قلت : أرأيت إن قال الزوج العنين قد جامعتها ، وقالت المرأة ما جامعني ، قال : سألت مالكًا عنها ، فقال : قد نزلت هذه ببلدنا وأرسل إليّ فيها الأمير فما دريت ما أقول له ، ناس يقولون يجعل معها النساء وناس يقولون يجعل في قبلها الصفرة فما أدري ما أقول .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت وجه قوله أن يدين الزوج ذلك ويحلف وسمعته منه غير مرة وهو رأيي قلت : أرأيت العنين إذا لم يجامع امرأته في السنة ، وفرق بينهما بعد السنة ، أيكون لها الصداق كاملًا أم يكون لها نصف الصداق ، قال : قال لي مالك : لها الصداق كله كاملًا إذا أقام معها سنة ؛ لأنه قد تلوم له وقد خلى بها فطال زمانه معها وتغير صبغها وخلق ثيابها ، وتغير جهازها عن حاله ، فلا أرى له عليها شيئًا ، وإن كان فراقه إياها قريبًا من دخوله رأيت عليه نصف الصداق ، قال : قال مالك : وإن ناسًا ليقولون ليس لها إلا نصف =

١٦١٨ - اعلم أن ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا خيار للزوج بعيب في الزوجة ؛ لأنه يمكنه مفارقتها ، فلا حاجة لثبوته له ، ولها الخيار إذا وجدته معيبًا بواحد من ثلاثة ، وهي : الجنون ، والجذام ، والبرص ؛ لأن الطلاق ليس بيدها حتى يمكنها مفارقته ، فخيرت . وقال الإمام الشافعي ومالك وأحمد : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا وجد صاحبه معيبًا بواحد من هذه الثلاثة ، وللزوج الفسخ إذا كانت الزوجة رتقاء أو قرناء أيضًا ، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة .

١٦١٩ - والظاهر ما ذهب إليه غير أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقد تقدمت لك هذه

= الصداق ، قال مالك : ولكن الذي أرى إن كان قد طال ذلك وتباعد وتلذذ منها وخلا بها أن الصداق لها كاملًا . وروى ابن وهب عن عمر بن قيس عن عطاء بن أبي رباح عن ابن المسيب : أن عمر بن الخطاب قضى في الرجل يبتني بالمرأة فلا يستطيع أن يمسها ، أنه يضرب له أجل سنة من يوم يأتيان السلطان ، قال : فإن استقرت فهي أولى بنفسها ، قال عطاء : إذا ذكر أنه يصيبها وتدعي أنه لا يأتيها فليس عليه إلا يمينه بالله الذي لا إله إلا هو ، لقد وطئتها ثم لا شيء عليه . ابن وهب عن محمد بن عمر وعن ابن جريج قال : أخبرني أبو أمية عبد الكريم عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود أنهما قالا : ينتظر به من يوم تخاصمه سنة ، فإذا مضت سنة اعتدت المطلقة وكانت في العدة أملك بأمرها . ابن وهب قال ابن جريج : وسألت عطاء ، فقال : لها الصداق حين أغلق عليها وينتظر به من يوم تخاصمه سنة فأما ما قبل ذلك فلا هو عفو عنه ، ولكن ينتظر به من يوم تخاصمه ، فإذا مضت سنة اعتدت وكانت تطليقة وإن لم يطلقها ، وكانت في العدة أملك بأمرها . قال ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن عمر بن خلدة عن ابن المسيب بذلك ، قال : يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترفع ذلك إلى السلطان ، فإن استطاعها وإلا فرق بينهما .
قال عبد الجبار : وقال ذلك ربيعة . ابن وهب قال مالك : وبلغني عن سليمان بن يسار أنه قال : أجل المعترض على أهله سنة . مالك عن ابن شهاب عن ابن المسيب أنه قال إذا دخل الرجل بامرأته فاعترض عنها ؛ فإنه يضرب له أجل سنة فإن استطاع أن يمسها وإلا فرق بينهما . ابن وهب قال موسى بن علي ، قال ابن شهاب : إن القضاة يقضون في الذي لا يستطيع إتيان امرأته أنه يتربص سنة يبتغي فيها لنفسه فإن ألم في ذلك بأهله فهي امرأته ، وإن مضت سنة ولم يمسها فرق بينه وبينها وتقضي القضاة بذلك من حين تناكره امرأته أو يناكره أهلها ، قال ابن شهاب : وإن كانت تحته امرأته فولدت له ثم اعترض عنها فلم يستطع لها فلم أسمع بأحد فرق بين رجل وبين امرأته بعد أن يمسها فهذا الأمر عندنا » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٤١ ، ٤٢) : « وإذا ادعت امرأة المجنون عنته ، لم تضرب له مدة ؛ لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره. وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضربت له المدة ثم جن ، وانقضت المدة ، وطالبت المرأة بالفسخ ، لم يفسخ ؛ لأنها إن كانت ثيبًا فالقول قوله ، وإن كانت بكرًا فادعى منعها إياه نفسها ، أو أنه وطئها فعادت عذرتها ، فله استحلافها . فإذا كان لا يعبر عن نفسه ، لم يستحلف ، ولا يثبت ما قالته ، فلم يفسخ عليه » .

المسألة مفصلة في شرح مادة (١٦) فراجعه .

١٦٢٠ - ولكن قد اتفق الجميع على أن الزوجة إذا وجدت زوجها عنينًا ، أو مجبوبًا ، أو خصيًا ، ولا يقدر على إتيانها ، أو مقطوع العضو المعلوم ، ثبت لها الخيار .

١٦٢١ - **والعنين شرعًا** : هو الذي لا يمكنه أن يصل إلى زوجته لأي سبب كان . **والمجبوب** : هو مقطوع الأعضاء المعلومة . **والخصيُّ** : منزوع الخصيتين .

١٦٢٢ - **وينبني على ذلك** : أن المرأة إذا وجدت زوجها عنينًا فهي مخيرة بين أمرين ، الأول : البقاء معه . والثاني : الفرقة بينها وبينه .

١٦٢٣ - فإن اختارت الأول ، فقد رضيت بإسقاط حقها ؛ فلا يعارضها فيه أحد .

١٦٢٤ - وإن اختارت الثاني رفعت الأمر إلى القاضي ليفرق بينهما ، ولو مكثت زمنًا لم تخاصمه أو خاصمته ومضت المدة المقررة ولم تعد إلى القاضي ، لم يبطل حقها . ولكن يشترط في ثبوت الخيار لها ألا تكون عالمة بحاله قبل الزواج ، فلو علمت سقط حقها لرضاها به [١] .

(مادة ٢٩٩)

إِذَا رَافَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، وَادَّعَتْ أَنَّهُ عِنِّينٌ ، وَطَلَبَتِ الطَّلَاقَ ، يَسْأَلُهُ الْحَاكِمُ . فَإِنْ صَدَّقَهَا ، وَأَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا ، يُؤَجِّلُهُ سَنَةً كَامِلَةً قَمَرِيَّةً يُحْتَسَبُ مِنْهَا رَمَضَانُ وَأَيَّامُ حَيْضِهَا وَمُدَّةُ غَيْبَتِهِ إِنْ غَابَ لِحَجٍّ وَغَيْرِهِ ، لا مُدَّةُ غَيْبَتِهَا وَلا مُدَّةُ مَرَضِهِ أَوْ مَرَضِهَا إِنْ كَانَ لا يُسْتَطَاعُ مَعَهُ الْوِقَاعُ .

وَابْتِدَاءُ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ الْخُصُومَةِ ، إِلا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَرِيضًا أَوْ مُحْرِمًا . فَإِنْ

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : طلب التفريق لعلة غير قابلة للزوال : المادة (١١٥) : إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر ، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وان كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضًا ، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب ؛ فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها ينظر فإذا كانت الزوجة ثيبًا فالقول قول الزوج مع اليمين وإن كانت بكرًا فالقول قولها بلا يمين .

كَانَ كَذَلِكَ ، فَابْتِدَاؤُهَا يُعْتَبَرُ مِنْ حِينِ بُلُوغِهِ أَوْ شِفَائِهِ أَوْ فَكِّ إِحْرَامِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٢٢/٢ ، ٣٢٣) : « ومنها خلو الزوج عن عيب الجب ، والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء . وقال بعضهم : عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح ، واحتجوا بما روي أن امرأة رفاعة أتت رسول الله ﷺ ، وقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة ، فطلقني آخر التطليقات الثلاث ، وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ، فوالله ما وجدت معه إلا مثل الهدبة ، فتبسم رسول الله ﷺ ، وقال : « لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . فوجه الاستدلال : أن تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ، ورسول الله ﷺ لم يثبت لها الخيار ، ولو لم يقع النكاح لازمًا لا ثبت ؛ ولأن هذا العيب لا يوجب ، فوات المستحق بالعقد بيقين ، فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الجب ؛ فإنه يفوت المستحق بالعقد بيقين .

ولنا : إجماع الصحابة ﷺ ؛ فإنه روي عن عمر ﷺ أنه قضى في العنين أنه يؤجل سنة ، فإن قدر عليها ، وإلا أخذت منه الصداق كاملًا ، وفرق بينهما ، وعليها العدة . وروي عن ابن مسعود ﷺ مثله ، وروي عن علي ﷺ أنه قال : يؤجل سنة ، فإن وصل إليها ، وإلا فرق بينهما ، وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة ﷺ ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم ، فيكون إجماعا ؛ ولأن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد ، وفي إلزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها ، وهذا ضرر بها ، وظلم في حقها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا ﴾ . وقال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فيؤدي إلى التناقض ، وذلك محال ؛ لأن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، بقوله تعالى ﷻ : ﴿ فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء ، فتعين عليه التسريح بالإحسان ، فإن سرح بنفسه ، وإلا ناب القاضي منابه في التسريح ؛ ولأن المهر عوض في عقد النكاح ، والعجز عن الوصول يوجب عيبًا في العوض ؛ لأنه يمنع من تأكده بيقين لجواز أن يختصما إلى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة ، فيطلقها ، ويعطيها نصف المهر ، فيتمكن في المهر عيب ، وهو عدم التأكد بيقين ، والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع ، ولا حجة لهم في الحديث ؛ لأن تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى آخر ، وهو دقة القضيب ، والاعتبار بسائر العيوب لا يصح ؛ لأنها لا توجب فوات المستحق بالعقد لما نذكر في تلك المسألة إن شاء الله تعالى ، وهذا يوجب ظاهرًا وغالبًا ؛ لأن العجز يتقرر بعدم الوصول في مدة السنة ظاهرًا ، فيفوت المستحق بالعقد ظاهرًا ، فبطل الاعتبار ، وإذا عرف هذا ، فإذا رفعت المرأة زوجها ، وادعت أنه عنين ، وطلبت الفرقة ، فإن القاضي يسأله هل وصل إليها أو لم يصل ؟ ، فإن أقر أنه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرًا أو ثيبًا ، وإن أنكر ، وادعى الوصول إليها ، فإن كانت المرأة ثيبًا ، فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها ؛ لأن الثيابة دليل الوصول في الجملة ، والمانع من الوصول من جهته عارض ؛ إذ الأصل هو السلامة عن العيب ، فكان الظاهر شاهدًا له إلا أنه يستحلف دفعًا للتهمة ، وإن قالت أنا بكر ؛ نظر إليها النساء ، وامرأة واحدة تجزي ؛ لأن البكارة باب لا يطلع عليه الرجال ، وشهادة النساء بانفرادهن في هذا الباب مقبولة للضرورة ، وتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ؛ ولأن الأصل حرمة النظر إلى العورة ، وهو العزيمة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ ﴾ .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٣١٤/٦ ، ٣١٥) : « (وإذا ثبتت) العنة بوجه مما مر (ضرب القاضي =

= له سنة) ولو قنًا كافرًا ؛ إذ ما يتعلق بالطبع يستوي فيه القن وغيره (بطلبها) لقضاء عمر ﷺ بها ، وحكي فيه الإجماع ، وحكمته مضي الفصول الأربعة إذا تعذر الجماع إن كان لعارض حرارة زال شتاء أو برودة زال صيفًا أو يبوسة زال ربيعًا أو رطوبة زال خريفًا ، فإذا مضت السنة علم أن عجزه خلقي ، وابتداؤها من وقت الضرب لا الثبوت ، بخلاف مدة الإيلاء فإنها من وقت الحلف بالنص وتعتبر بالأهلة فإن وقع في أثناء شهر كملت من الثالث عشر ثلاثين يومًا ، ويكفي قولها : أنا طالبة حقي بموجب الشرع وإن جهلت تفصيل الحكم فإن سكتت لم تضرب .

نعم إن علم القاضي أن سكونها لنحو جهل أو دهشة فلا بأس بتنبيهها ، وأفهم كلامه : عدم قيام الولي عنها في ذلك ولو مجنونة (فإذا تمت) السنة ولم يطأها ولم تعتزله فيها (رفعته إليه) لامتناع استقلالها بالفسخ ، وقضية كلامهم بل صريحه أن الرفع ثانيًا بعد السنة يكون على الفور وهو كما أفاده الشيخ ﷺ المعتمد خلافًا للماوردي والروياني (فإن قال وطئت) فيها أو بعدها وهي ثيب (حلف) إن طلبت يمينه على وطئها لتعذر إثبات الوطء مع أن الأصل السلامة ، أما بكر غير غوراء شهد بكارتها أربع نسوة فتصدق هي ؛ لأن الظاهر معها ، وتحلف وجوبًا كما رجحه في الشرح الصغير.

نعم يظهر توقفه على طلبه . وكيفية حلفها : أنه لم يصبها ، وأن بكارتها أصلية ولو لم تزل البكارة في غير الغوراء لرقة الذكر فهو وطء كامل ، وهو صريح في إجزائه في التحليل على ما مر والأصح خلافه ، وما تقرر من تصديقه في الوطء مستثنى من قاعدة تصديق نافي الوطء ، كما استثني منها أيضًا تصديقه فيه في الإيلاء ، وفيما إذا أعسر بالمهر حتى يمتنع فسخها وتصديقها فيه فيما لو اختلفا في كون الطلاق قبله أو بعده وأتت بولد يلحقه ، ولو شرطت بكارتها فوجدت ثيبًا ؛ فتصدق بيمينها لدفع الفسخ أو ادعت المطلقة ثلاثًا أن المحلل وطئها وفارقها وانقضت عدتها وأنكر المحلل الوطء أي : وتصدق على الفراق فتصدق بيمينها لحلها للأول لا لتقرير مهرها ؛ لأنها مؤتمنة في انقضاء عدتها وبينة الوطء متعذرة ، ولو قال لها وهي طاهر أنت طالق للسنة ، ثم ادعى وطأها في هذا الطهر ليرفع وقوع الطلاق في الحال وأنكرته ؛ صدق بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح ، ونظيره إفتاء القاضي في إذا لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق وادعى الإنفاق فيصدق لدفع الطلاق وهي لبقاء النفقة عليه عملًا بأصل بقاء العصمة وبقاء النفقة وإن ابن الصلاح في فتاويه الظاهر الوقوع .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٨٦/٨ ، ١٨٧) : « (أن يكون عنينًا لا يمكنه الوطء) . العنين : هو الذي لا يمكنه الوطء . على الصحيح من المذهب . وقيل : هو الذي له ذكر ولكنه لا ينتشر . قوله (فإن اعترف بذلك : أجل سنة منذ ترافعه . فإن وطئ فيها ، وإلا فلها الفسخ) . إذا اعترف بالعنة ، أو أقامت هي بينة بها : أجل سنة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغني ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجي ، وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . قال في الفروع : هذا المذهب . قال الزركشي : هذا المذهب المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . انتهى . واختار جماعة من الأصحاب : أن لها الفسخ في الحال . منهم : أبو بكر في التنبيه ، والمجد في المحرر .

١٦٢٥ - ولكن إذا اختارت الفرقة ، فليس لها أن تفارقه من نفسها ؛ لأنها تدعي عليه العنة ، ومن الجائز أن تكون كاذبة ، بل لا بد من أن ترفع الأمر إلى الحاكم . فإن فعلت ذلك ، فلا يفرق بينهما بمجرد إخبارها ، بل يتبع معها ما يتبعه في باقي الدعاوى ، وهو أن يسأله الحاكم عن الدعوى المقامة عليه: فإما أن يكذبها ، أو يصدقها .

فإن كذبها وثبت أنه وصل إليها ، فلا يؤجل .

وإن صدقها أو كذبها ، وثبت أنه لم يصل إليها بالطريقة الآتية في مادة (٣٠١) ، أجل سنة ؛ لأنه ثبت أن امرأة حضرت عند سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وأخبرته بأن زوجها لم يصل إليها ، فأجله حولًا ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها ، خيرها فاختارت نفسها ، ففرق بينهما سيدنا عمر ، وجعلها تطليقة بائنة .

١٦٢٦ - وإنما أجل سنة ولم يفرق في الحال ؛ لأنه يحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ، ويحتمل أن يكون من أصل الخلقة ، فلا بد من مدة يعرف منها ذلك . وقدرت بالسنة ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ لأنه إن كان من علة معترضة : فإما أن تكون

= تنبيه : مفهوم قوله : « وإن اعترف بذلك أجل » أنه لو أنكر لا يؤجل ما لم تقم بينة . وهو صحيح . وهو المذهب . اختاره القاضي في التعليق . قال في الفروع : والأصح لا يؤجل . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقيل : يؤجل . وقدمه في النظم . وهو ظاهر كلام الخرقي . وقاله القاضي في التعليق أيضًا في موضع آخر . وعنه : يؤجل للبكر . فعلى المذهب : يحلف . على الصحيح من المذهب . قال في الفروع : ويحلف في الأصح . قال الزركشي : يحلف . على الصحيح من الوجهين . وجزم به في المنور . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والنظم . وقيل : لا يحلف . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال القاضي : الوجهان مبنيان على دعوى الطلاق . فعلى المذهب : لو نكل أجل . على الصحيح من المذهب . جزم به في المنور والزركشي . وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع . وقيل : ترد اليمين . فيحلف ويؤجل .

فائدتان : إحداهما : المراد بالسُّنة هنا : السنة الهلالية اثني عشر شهرًا هلاليًا . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هذا هو المفهوم من كلام العلماء : فإنهم حيث أطلقوا « السنة » أرادوا بها الهلالية . قال : ولكن تعليلهم بالفصول يوهم خلاف ذلك . قال ابن رجب : وقرأت بخط ولد أبي المعالي ابن منجا يحكي عن والده أن المراد بالسنة هنا : هي الشمسية الرومية ، وأنها هي الجامعة للفصول الأربعة التي تختلف الطباع باختلافها ، بخلاف الهلالية . قال : وما أظنه أخذ ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لا من تصريحهم به . انتهى . قلت (الشيخ تقي الدين) : الخطب في ذلك يسير ، والمدة متقاربة . فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يومًا وربع يوم ، أو خمس يوم » .

من غلبة حرارة ، أو برودة ، أو رطوبة ، أو يبوسة . والفصول الأربعة تشتمل على هذه الكيفيات ، فالصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس ، والشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب . فإن كان مرضه ناشئًا عن إحدى هذه تم علاجه في الفصل المضاد له ، أو عن كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين ، فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال .

١٦٢٧ - **ثم إن التأجيل** : إما أن يكون في وسط الشهر ، أو في غرته . **فإن كان الأول** : اعتبرت السنة بالأيام اتفاقًا . **وإن كان الثاني** ، فقال بعضهم : تعتبر قمرية ، وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا وثمان ساعات وثمان وأربعون دقيقة ، أي : ثلث يوم وثلث عشر يوم . وبعضهم يعتبرها شمسية ، وهي تزيد عن القمرية أحد عشر يومًا وبعض يوم . وقد اختلفوا في المفتى به ، ولكن المعول عليه اعتبارها قمرية .

١٦٢٨ - ويحتسب من هذه السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها وأيام غيبته ولو للحج ؛ لأن المانع ليس من جهتها ولا تحسب من السنة أيام غيبتها ، لوجود المانع من جهتها ، ولا أيام مرضها أو مرضه بشرط ألا يستطاع معه الوقاع .

١٦٢٩ - وسواء أكانت السنة شمسية أو قمرية ؛ فإنها تحتسب من يوم الخصومة ، إلا في أحوال ثلاثة :

الأولى : إذا كان صغيرًا ، فإن المدة تبتدئ من وقت بلوغه .

الثانية : إذا كان مريضًا ، فمن وقت شفائه .

الثالثة : إذا كان محرمًا بحج أو عمرة ؛ فمن وقت فك إحرامه .

(مادة ٣٠٠)

إِذَا لَمْ يَصِلِ الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ وَلَوْ مَرَّةً في مُدَّةِ الأَجَلِ الْمُقَدَّرِ لَهُ ، وَعَادَتِ الْمَرْأَةُ شَاكِيَةً إِلَى الْحَاكِمِ بَعْدَ انْقِضَائِهِ طَالِبَةً التَّفْرِيقَ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ بِطَلاَقِهَا . فَإِنْ أَبَى ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَهَذِهِ الْفُرْقَةُ طَلاَقٌ لا فَسْخٌ .

وَلَوْ وَجَدَتْهُ مَجْبُوبًا جَاهِلَةً ذَلِكَ وَقْتَ النِّكَاحِ ، وَطَلَبَتْ مُفَارَقَتَهُ ، يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا لِلْحَالِ بِدُونِ إِنْهَالٍ [1] .

* * *

(١) ينظر تعليقنا على المسألة السابقة .

١٦٣٠ – فإن مضت السنة ولم تعدُ المرأة إلى القاضي ، فبها . وأما إذا عادت إليه وادعت أنه لم يصل إليها في هذه المدة ، أحضره وسأله .

١٦٣١ – وحينئذٍ لا يخلو حاله من أحد أمرين ، **الأول** : الإقرار بما قالت . **الثاني** : الإنكار .

فإن أقر ؛ يأمره الحاكم بطلاقها . فإن امتثل فبها ، وإن امتنع فرق القاضي ؛ لأنه ظالم فيدفع ظلمه من له عليه الولاية وهو القاضي . وهذه الفرقة طلاق لا فسخ . فإذا فرض وتزوجها بعد ذلك ، ولم يكن وقع عليها طلاق غير هذا ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثًا ، ولا خيار لها في هذه الحالة ، لأنها تزوجته ثانيًا عالمة بحاله .

١٦٣٢ – والخصي كالعنين في جميع هذه الأحكام ؛ لأن الوطء مرجو .

١٦٣٣ – وأما المجبوب أو مقطوع العضو المعلوم : فإن طلبت الزوجة الفرقة منهما ولم تكن عالمة بحاله قبل الزواج ، فرق القاضي بينهما في الحال ؛ لعدم الفائدة في التأجيل .

(مادة ٣٠١)

إِذَا أَنْكَرَ الزَّوْجُ دَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَيْهِ بِالْعُنَّةِ ، وَادَّعَى الْوُصُولَ إِلَيْهَا قَبْلَ التَّأْجِيلِ أَوْ بَعْدَهُ ، يُعَيِّنُ الْحَاكِمُ امْرَأَتَيْنِ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِنَّ ، لِلْكَشْفِ عَنْهَا . فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا مِنَ الأَصْلِ أَوْ بِكْرًا ، وَقَالَتَا : هِيَ ثَيِّبٌ . يُصَدَّقُ الزَّوْجُ بِيَمِينِهِ.

وَلَوِ ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ زَوَالَ بَكَارَتِهَا بِعَارِضٍ ، فَإِنْ حَلَفَ ، سَقَطَ حَقُّهَا .

وَإِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، أَوْ قَالَتَا : هِيَ بِكْرٌ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ التَّأْجِيلِ ؛ يُؤَجَّلُ سَنَةً كَمَا مَرَّ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّأْجِيلِ ؛ تُخَيَّرُ الْمَرْأَةُ فِي مَجْلِسِهَا ، فَإِنِ اخْتَارَتِ الْفُرْقَةَ ؛ يُفَرِّق بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَدَلَتْ وَاخْتَارَتِ الزَّوْجَ ، أَوْ قَامَتْ أَوْ أَقَامَهَا أَحَدٌ مِنْ مَجْلِسِهَا قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ ؛ بَطَلَ اخْتِيَارُهَا [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٢٤) : « جاءت المرأة إلى القاضي بعد مضي الأجل وادعت أنه لم يصل إليها وادعى الزوج الوصول ، فإن كانت ثيبًا في الأصل كان القول قوله مع اليمين ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل خيرها القاضي ، وإن قالت المرأة : أنا بكر نظر إليها النساء ، والواحدة تكفي والثنتان أحوط ؛ فإن قلن هي ثيب كان القول قوله مع اليمين ، وإن قلن هي بكر أو أقر الزوج أنه لم يصل إليها خيرها =

١٦٣٤ - وإن أنكر الزوج دعواها ، وادعى أنه وصل إليها ، فإن كان قبل التأجيل فحكمه علم مما تقدم في شرح مادة (٢٩٩) ، وإن كان بعد التأجيل كما هو الموضوع ، فلا يمكن القاضي أن يصدق واحدًا منهما بلا برهان ؛ لأنه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ،

= القاضي في الفرقة كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . فإن اختارت زوجها أو قامت عن مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيئًا ؛ بطل خيارها كذا في المحيط . وهكذا روي عن محمد رحمه الله وعليه الفتوى كذا في التتارخانية ناقلًا عن الواقعات إن اختارت الفرقة أمر القاضي أن يطلقها طلقة بائنة فإن أبى فرق بينهما هكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل كذا في التبيين والفرقة تطليقة بائنة ، كذا في الكافي . ولها المهر كاملًا وعليها العدة بالإجماع إن كان الزوج قد خلا بها ، وإن لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر إن كان مسمى والمتعة إن لم يكن مسمى ، كذا في البدائع » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٤٣/٥) : « ولو أجل العنين فاختلفا في الإصابة فقال : أصبتها ، وقالت : لم يصبني . فإن كانت ثيبًا : فالقول قوله ؛ لأنها تريد فسخ نكاحه وعليه اليمين ، فإن حلف فهي امرأته ، وإن نكل لم يفرق بينهما حتى تحلف ما أصابها ، فإن حلفت خيرت وإن لم تحلف فهي امرأته . ولو كانت بكرًا : أريها أربع نسوة عدول ، فإن قلن هي بكر فذلك دليل على صدقها أنه لم يصبها ، وإن شاء الزوج حلفت هي ما أصابها ثم فرق بينهما ، فإن لم تحلف حلف هو لقد أصابها ثم أقام معها ولم تخير هي ، وذلك أن العذرة قد تعود فيما زعم أهل الخبرة بها إذا لم يبالغ في الإصابة ، وأقل ما يخرجه من أن يؤجل أن يغيب الحشفة في الفرج وذلك يحصنها ويحللها للزوج لو طلقها ثلاثًا ، ولو أصابها في دبرها فبلغ ما بلغ لم يخرجه ذلك من أن يؤجل أجل العنين لأن تلك غير الإصابة المعروفة حيث تحل ، ولو أصابها حائضًا ، أو محرمة ، أو صائمة ، أو هو محرم ، أو صائم ؛ كان مسيئًا فيه ولم يؤجل ، وكذا لو أُجِّل فَجُبَّ ذَكَرُهُ » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٦٠/٣ ، ٢٦١) : « الزوج إذا دخل بزوجته خلوة اهتداء أي : خلي بينه وبينها ثم تنازعا بعد ذلك في المسيس فقال الزوج ما أصبتها ، وقالت هي : بل أصابني ؛ فإنها تصدق في ذلك وسواء كانت ثيبًا أو بكرًا ، أو سواء كان الزوج صالحًا أم لا ، وتحلف على ما ادعته إن كانت كبيرة أو سفيهة ؛ لأن هذا أمر لا يعلمه وليها ، وأما إن كانت صغيرة ؛ فإنه يحلف الزوج لرد دعواها ويغرم نصف الصداق ، فإذا بلغت حلفت إن شاءت وأخذت بقية الصداق ، فإن نكلت فليس لها تحليف الزوج ثانية . وأما إن نكل الزوج فإنه يغرم جميع الصداق وليس له تحليفها إذا بلغت ، قاله . وإنما لزم الجميع بنكوله ؛ لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد آخر ، وذلك كاف في الأموال ؛ ولو ماتت الزوجة الصغيرة قبل البلوغ ورث عنها وحلف وارثها ما كانت تحلفه وأشار بقوله : (وإن بمانع شرعي) إلى أن المعروف من المذهب أن المرأة تصدق في المسيس إذا خلا بها الزوج خلوة اهتداء ولو كان الوطء مصاحبًا لمانع شرعي كما إذا كانت صائمة أو محرمة وما أشبه ذلك وبالغ على تصديقها في تلك الحالة لمخالفته لقاعدة تصديق مدعي الصحة ، وإنما رجح مدعي الفساد ؛ تغليبًا للوجود العادي على المانع الشرعي ؛ إذ الحامل على الوطء أمر جبلي لشدة حرص الرجل عليه في أول خلوة وشدة شوقه إليها ، فقل أن يفارقها قبل الوصول إليها وقيل لا تصدق إلا على من يليق به ذلك .

وفي نفيه معطوف على مقدر أي : وصدقت في دعوى الوطء في خلوة الاهتداء وفي نفيه يريد وقد وافقها الزوج على النفي وإلا فهو قوله فيما يأتي وإن أقر به فقط وأشار بقوله : (وإن سفيهة وأمة) إلى أن المرأة =

فحينئذٍ يعين القاضي امرأتين ممن يثق بهن ، ويأمرهما بالكشف عليها . **وعند ذلك لا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول** : أن تجداها ثيبًا . **الثاني** : أن يجداها بكرًا .

فإن كان الأول سواء كانت ثيبًا في الأصل أو بكرًا ؛ حلف الزوج ؛ لأنه هو المنكر . فإن حلف ؛ سقط حقها . وإن امتنع ؛ خيرها القاضي ، وكذا لو كانت الزوجة بكرًا في الأصل ، وادعت زوال بكارتها بعارض كالإصبع مثلًا ، وإن كان حرامًا ؛ فإنه يحلف أيضًا . فإن حلف سقط حقها ، وإن امتنع خيرت .

وإن كان الثاني وهو ما إذا وجداها بكرًا ، خيرها القاضي . فإن اختارت زوجها ؛ فالأمر ظاهر . وإن اختارت نفسها ؛ فرق بينهما ، ولكن لا بد أن يكون اختيارها لنفسها في المجلس ؛ لأن الزمن الذي مضى كان في التروي ، ولهذا لو قامت أو أقامها أحد منه

= تصدق في خلوة الاهتداء في الوطء وفي عدمه وإن كانت سفيهة وأمة أو صغيرة فلا يراعى تعلق حق المالك والحاجر بذلك ؛ لأن أكثر فوائد الوطء لها والأحسن ذكر الصغيرة ؛ لأنه يتوهم فيها أنها ليست كذلك . والزائر منهما عطف على الضمير المستتر في صدقت المرفوع والفاصل موجود أي وصدق الزائر منهما في الوطء وعدمه على البدلية مع يمين من حكمنا بتصديقه منهما وظاهره ولو صغيرة ، فإذا زارها في بيتها وقالت أصابني وقال هو ما أصبتها فالقول قوله ؛ لأن العادة أن الرجل لا ينشط في غير بيته وإن زارته في بيته ، وقالت : أصابني ، وقال : هو ما أصبتها ، فالقول قولها بكرًا كانت أو ثيبًا ؛ لأن العادة أن الرجل ينشط في بيته وبعبارة وصدق هو في عدم الوطء إذا كان هو الزائر وإن كانت هي الزائرة صدقت في الوطء . وإن كان زائرًا وادعى الوطء وكذبته ؛ فيجري فيه قوله ، وإن أقر به فقط إلخ . وكذلك إذا كانت زائرة وادعت عدم الوطء وكذبها ؛ فإن كان كل منهما زائرًا أي : زارا غيرهما ، فيصدق الزوج كما يرشد له التعليل ، وأما إن اختليا في بيت ليس به أحد فتصدق المرأة ؛ لأنه ينشط فيه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٥٦) : « وإن زعم أنه قد وصل إليها ، وادعت أنها عذراء ، أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت ، أجل سنة . وجملته : أن المرأة إذا ادعت عنّة زوجها ، فزعم أنه وطئها ، وقالت : إنها عذراء . أريت النساء ، فإن شهدن بعذرتها ، فالقول قولها ، ويؤجل . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك ؛ لأن الوطء يزيل عذرتها ، فوجودها يدل على عدم الوطء ، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء ، فالقول قولها ؛ لأن هذا بعيد جدا ، وإن كان متصورًا . وهل تستحلف المرأة ؟ ، يحتمل وجهين : أحدهما : تستحلف ؛ لإزالة هذا الاحتمال ، كما يستحلف سائر من قلنا : القول قوله . والآخر : لا تستحلف ؛ لأن ما يبعد جدًا لا التفات إليه ؛ كاحتمال كذب البينة العادلة ، وكذب المقر في إقراره . وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ ، على روايتين . وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل ، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة ، وشهد النساء بعذرتها ، لم تنقطع المدة . وإن كان بعد انقضاء المدة ، فحكمه حكم من اعترف أنه لم يطأها . وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها ؛ فالقول قوله ، فيسقط حكم قولها ؛ لأنه تبين كذبها . وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم الأسباب » .

يبطل خيارها (١) .

(مادة ٣٠٢)

الْفُرْقَةُ بِالْعُنَّةِ وَنَحْوِهَا لا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا تَحْرِيمُ الْمَرْأَةِ ، بَلْ إِذَا تَرَاضَتْ هِيَ وَالْعِنِينُ عَلَى التَّزَوُّجِ ثَانِيًا بَعْدَ التَّفْرِيقِ ، جَازَ لَهُمَا ذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا .

وَلَا يَتَوَارَثُ الزَّوْجَانِ فِي الْفُرْقَةِ بِالْعُنَّةِ وَنَحْوِهَا (١) .

* * *

١٦٣٥ - والفرقة المترتبة على العنة والجب ونحوهما طلاق بائن ؛ لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بالبينونة ؛ إذ لو كانت هذه الفرقة طلاقًا رجعيًا تكون المرأة معلقة بالمراجعة ، فلا تكون ذات زوج ولا مطلقة . **أما الأولى** : فلفوات المقصود وهو الوطء ، **وأما الثانية** : فلأنها ذات زوج فلا يحصل لها دفع الظلم والبينونة الصغرى لحصول المقصود بها .

١٦٣٦ - ويترتب على ذلك : أن المرأة لا تحرم على العنين لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة بزواج غيره ، فلو اتفقا بعد التفريق على التزوج ثانيًا ، جاز ذلك ، سواء كان في العدة أو بعدها .

١٦٣٧ - ويترتب عليه أيضًا : أنه إذا مات أحدهما في عدة التفريق ، فلا يرثه الآخر ؛ لأن الإرث لا يكون إلا إذا كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا بأن كانت في عدة الطلاق الرجعي . أما إذا كان الطلاق بائنًا : فلا توارث في عدته إلا في حال هرب الزوج أو الزوجة من إرث صاحبه ، كما تقدم مستوفى في طلاق المريض .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٦٨) تقع الفرقة بين الزوجين بمجرد ردة أحدهما أو كليهما إن كانت الردة قبل الدخول .

المادة (١٦٩) يفرق القاضي بين الزوجين لردة أحدهما أو كليهما بعد الدخول بعد الإعذار بالعودة إلى الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة ؛ فإن انتفت العودة فرق بينهما .

المادة (١٧٠) يعتبر التفريق للردة فسخًا .

الباب الرابع
في الفرقة بالردة

(مادة ٣٠٣)

إِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الإِسْلامِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَوَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا لِلْحَالِ بِلا تَوَقُّفٍ عَلَى الْقَضَاءِ ، وَهَذِهِ الْفُرْقَةُ فَسْخٌ لا تُنْقِصُ عَدَدَ الطَّلاقِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (١٨٧/٢) : « (وارتداد أحدهما فسخ في الحال) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : إن كانت الردة من المرأة فكذلك ، وإن كانت من الزوج فهي فرقة بطلاق . هو مر على أصله في الإباء ، وكذا أبو يوسف وعلة كل واحد منهما ما بيناه هناك وأبو حنيفة فرق بينهما ، فوافق أبو يوسف في الردة ، ووافق محمدًا في الإباء ، والفرق له أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة ، ألا ترى أنه يسقط به عصمة النفس والمال فلم يبق لملكه حرمة والطلاق منه يستدعي قيام النكاح فتعذر جعله طلاقًا لذلك بخلاف الإباء ؛ فإنه تفويت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ؛ ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف عليه بالردة . وفرق أيضًا بين الفرقة بالإباء وبين الفرقة بخيار البلوغ : أن الفرقة بالخيار فسخ للعقد الأول ، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن والأحكام به من عدم لزوم المهر إذا كان فيه قبل الدخول بخلاف الإباء . وفرق محمد رحمه الله بين الفرقة بإباء وردة ، وبين الفرقة بملك أحدهما صاحبه وبالمحرمية ، فقال : إن الفرقة بالإباء والردة قولية كالطلاق ، وبالملك والمحرمية حكمية كالموت ، ولو أسلم أحدهما ، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى قبل عرض الإسلام على الآخر انفسخ النكاح ؛ لأنه كان باقيًا إلى أن يحكم بالفرقة فتنافيه الردة ، وقوله في المختصر : فسخ في الحال ، احتراز عن قول الشافعي ؛ فإن عنده : إن كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى تمضي ثلاثة قروء ، وإن كانت قبل الدخول تبين في الحال . وقال ابن أبي ليلى : لا تقع الفرقة بردة أحدهما ولكن يستتاب ، فإن تاب فهي امرأته ؛ وجعله كالإباء . ونحن (الأحناف) نقول : الارتداد منافيه واعتراض المنافي يوجب الفرقة كالمحرمية بخلاف ما إذا أسلم أحدهما على ما تقدم وهذا ظاهر الرواية وبعض مشايخ ، بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسمًا لباب المعصية ، وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الإسلام ؛ لأن المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارى كانوا على هذا . قال ﷺ : (فللموطوءة المهر) أي : للمرتدة المدخول بها المهر كله ، سواء كانت الردة منها أو منه ؛ لأنه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه . قال ﷺ : (ولغيرها النصف إن ارتد) أي : ولغير الموطوءة نصف المهر إن كان المرتد هو الزوج ؛ لأن الفرقة من جهته قبل الدخول توجب نصف المهر ، قال ﷺ : (وإن ارتدت لا والإباء نظيره) أي وإن كانت المرتدة قبل الدخول هي المرأة لا يجب لها شيء ؛ لأن الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه لحصول التفويت منها . قوله : والإباء نظيره ، أي : نظير الارتداد حتى إذا كان بعد الدخول من أيهما كان يجب المهر كله وإن كان قبل الدخول فإن كان منه يجب النصف به وإن كان منها لا يجب شيء لما ذكرنا في ارتدادها » .

١٦٣٨ - **اعلم أن الزوجين** : إما أن يكونا غير مسلمين ، أو الزوج مسلمًا والزوجة غير مسلمة بأن كانت كتابية ، أو مسلمين .

١٦٣٩ - ولا يتأتى أن يكون الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة ؛ لأن التزوج في هذه الحالة باطل ، فلا تتعلق به الأحكام كما تقدم لك في شرح مادة (١٢٢) .

١٦٤٠ - **فإن كان الأول** : فإن بقيا على دينهما فلا نتعرض لهما أصلًا ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون .

١٦٤١ - **وأما إن أسلم أحدهما أو أسلما معًا** : فقد تقدمت كل الأحكام المختصة بهما في الفصل الثاني في حكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما .

١٦٤٢ - **وإن كان الثاني** : فإن بقيا على دينهما ؛ فالأمر ظاهر ، وإن غيرت الزوجة دينها ؛ فإذا كان الدين الذي انتقلت إليه سماويًا ؛ بقي الزواج ، ولا يتعرض لها . وإن كان غير سماوي ؛ عرض عليها الرجوع إلى دين سماوي ، فإن امتثلت بقي العقد ، وإلا فرق بينهما ؛ لأن المسلم لا يجوز له أن يتزوج غير كتابية لا ابتداء ولا بقاء .

١٦٤٣ - **وأما إذا كان المغير لدينه هو الزوج** : بأن ارتد - والعياذ باللّٰه تعالى - فالحكم ما يأتي في الحالة الثالثة .

١٦٤٤ - **وإن كان الثالث** : فإن بقيا على دينهما ؛ فالأمر ظاهر أيضًا .

١٦٤٥ - **وأما إذا حصل ارتداد** : فإما أن يكون من واحد ، أو منهما .

فإن كان الأول بأن أنكر أحدهما شيئًا معلومًا من الدين بالضرورة ، كوجوب الصلاة ، أو الصوم أو ألقى المصحف الشريف في القاذورات ؛ انفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما في الحال ، بلا توقف على قضاء القاضي ؛ لأن الردة تمنع النكاح ابتداء ، فكذا تمنعه بقاء ، بمعنى أن المرتد ليس له أن يتزوج ولو كانت من يريد تزوجها متدينة بغير دين الإسلام . ومثله المرتدة ؛ لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما ، وما انتقلا إليه لا يقران عليه .

١٦٤٦ - والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق ، سواء كانت الردة من جهة الزوج أو الزوجة .

وينبني على هذا : أنه لو حصل التزوج بعد الإسلام ، ولم يكن حصل طلاق قبل الردة ولا بعدها وهي في العدة ، ملك عليها ثلاث طلقات لا اثنتين ، والقائل بهذا هو الإمام وأبو يوسف . وقال محمد : إن كانت المرتدة هي الزوجة كانت الردة فسخًا ، وإن كان الزوج فهي طلاق كإبائه عن الإسلام .

(مادة ٣٠٤)

الْحُرْمَةُ بِالرِّدَّةِ تَرْتَفِعُ بِارْتِفَاعِ السَّبَبِ الَّذِي أَحْدَثَهَا ، فَإِذَا جَدَّدَ الْمُرْتَدُّ إِسْلامَهُ ، جَازَ لَهُ أَنْ يُجَدِّدَ النِّكَاحَ وَالْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا مِنْ غَيْرِ مُحَلِّلٍ، وَتُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى الإِسْلامِ وَتَجْدِيدِ النِّكَاحِ بِمَهْرٍ يَسِيرٍ .

وَهَذَا مَا لَمْ يَكُنْ طَلَّقَهَا ثَلاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَهُوَ بِدِيَارِ الإِسْلامِ ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ تَحْرُمُ عَلَيْهِ حُرْمَةً مُغَيَاةً بِنِكَاحِ زَوْجٍ آخَرَ .

* * *

١٦٤٧ – ولكن الحرمة التي تترتب على ردة أحد الزوجين ليست حرمة مؤبدة ؛ بل هي مؤقتة ، لأن لها سببًا وهو الردة ، وهذا السبب يمكن زواله . فإن زالت ، فقد ارتفع السبب الذي أوجدها ، فيجوز تزوجها .

١٦٤٨ – **وينبني على ذلك** : أنه إذا أسلم المرتد منهما ؛ جاز له التزوج ثانيًا بدون توقف على محلل ، ولو وقع عليها طلقتان قبل الردة ، لما عرفت من أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، سواء كان هذا التزوج في العدة أو بعد انقضائها ؛ لأن الزوج الثاني هو الأول ، فلا يشترط انقضاؤها لعدم اختلاط الأنساب ، ولكن محل ذلك إذا لم يوقع الزوج عليها ثلاث طلقات بعد الردة وهي في العدة . فإن حصل ذلك وكان بديار الإسلام ، فليس له أن يتزوجها إلا بعد تزوجها بغيره .

١٦٤٩ – وبما أن الردة تفسخ العقد ، سواء كان المرتد هو الزوج أو الزوجة ، فإذا أريد تجديده فلا بد من التراضي ، إنما إذا كانت المرتدة هي الزوجة وبعد إسلامها رغب الزوج عودها إليه ؛ أجبرت على تجديد العقد بمهر يسير ، خصوصًا إذا كان ارتدادها حيلة لفسخ العقد .

(مادة ٣٠٥)

إِذَا ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ ، وَلَمْ يُعْلَم الأَسْبَقُ مِنْهُمَا ، ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ ، يَبْقَى النِّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا . وَإِنَّمَا يَفْسُدُ إِذَا أَسْلَم أَحَدُهُمَا قَبْلَ الآخَرِ (١) .

* * *

١٦٥٠ - وهذه الأحكام إن كان المرتد أحد الزوجين فقط .

١٦٥١ - **فإن ارتدا** : فإما أن يكون ارتدادهما معًا ، أو متعاقبًا . فإن كان الأول : فإما أن يسلما معًا أيضًا ، أو متعاقبًا .

فإن أسلما معا : فلا يفسخ العقد ، **وإن أسلما متعاقبًا** : ولم يعلم الأسبق منهما فالظاهر فسخ العقد ؛ لأنه ثبت في وقت من الأوقات أن أحدهما مسلم والآخر مرتد .

١٦٥٢ - ومثل هذا في الحكم ما إذا علم من أسلم منهما أولًا . وإن كان الثاني - وهو ما إذا ارتدا متعاقبين - انفسخ العقد لثبوت إسلام أحدهما وردة الآخر (تأمل) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (١٩٥/٣ ، ١٩٦) : « (وبقي النكاح إن ارتدا معًا) بأن يعلم السبق فيجعل كالغرقى (ثم أسلما كذلك) استحسانًا (وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر) ولا مهر قبل الدخول لو المتأخر هي ، ولو هو فنصفه أو متعة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٥١/٦) : « وارتداد الزوجين معًا ، كارتداد أحدهما ؛ في فسخ نكاحهما ، وعدم ميراث أحدهما من الآخر ، سواء لحقا بدار الحرب ، أو أقاما بدار الإسلام . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا ما ارتدا معًا ، لم ينفسخ النكاح ، ولم يتوارثا ؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام ، فإن لحقا بدار الحرب توارثا .

ولنا : أنهما مرتدان ، فلم يتوارثا ، كما لو كانا في دار الإسلام ولو ارتدا جميعًا ، ولهما أولاد صغار ، لم يتبعوهما في ردتهم ، ولم يرثوا منهم شيئًا ، ولم يجز استرقاقهم ؛ سواء لحقوهم بدار الحرب ، أو لم يلحقوهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتدًا ، يجوز سبيه ، ومن لم يلحقوه بدار الحرب ، فهو في حكم الإسلام . فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر ؛ فذكر الخرقي ، ﷺ ما يدل على أنه يجوز استرقاقه . وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي . والقول الثاني : لا يُسْبَون . وهو منصوص الشافعي » .

(مادة ٣٠٦)

إِذَا وَقَعَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالْمَرْأَةِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، فَلَهَا كَامِلُ مَهْرِهَا ، سَوَاءٌ وَقَعَتِ الرِّدَّةُ مِنْهَا أَوْ مِنْ زَوْجِهَا (١) .

١٦٥٣ - وما تقدم من الأحكام إنما هو بالنسبة لحصول الفرقة بين الزوجين وعدمها . وأما بالنسبة لاستحقاق الزوجة المهر ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، **الأول** : أن تكون الردة بعد الدخول حقيقة أو حكمًا . **الثاني** : أن تكون قبل الدخول . وعلى كل : فإما أن يكون المرتد هو الزوج ، أو الزوجة .

١٦٥٤ - **فإن كان بعد الدخول** : وجب لها كل المهر ، سواء كانت الردة من جهته ، أو من جهتها ؛ لتأكده بالدخول .

(مادة ٣٠٧)

وَإِذَا وَقَعَتِ الرِّدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ : فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، أَوِ الْمُتْعَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَهْرٌ مُسَمًّى . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قِبَلِهَا ، فَلا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْمَهْرِ وَلا مِنَ الْمُتْعَةِ .

* * *

١٦٥٥ - **وإن كانت قبل الدخول : فإن كانت من قبل الزوج** : فإما أن يكون لها مهر مسمى في العقد ، أو لا .

فإن كان الأول : وجب لها نصفه ؛ لأنها فرقة أتت من قبله قبل الدخول ، فيتنصف المسمى .

---

(١) **قول الحنابلة** : جاء في المغني (١٣٤/٧) : « إذا ارتد أحد الزوجين ، أو ارتدا معًا ، منع وطؤها ، فإن وطئها في عدتها ، وقلنا : إن الفرقة تعجلت ؛ فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذي يثبت عليه بالنكاح ؛ لأنه وطئ أجنبية ، فيكون عليه مهر مثلها . وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة . فأسلم المرتد منهما ، أو أسلما جميعًا في عدتها ، وكانت الردة منهما ؛ فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ؛ لأنا تبينا أن النكاح لم يزل ، وأنه وطئها وهي زوجته . وإن ثبتا ، أو ثبت المرتد منهما على الردة ، حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ؛ لأنه وطء في غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وكذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول ، فوطئها في العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم هاهنا ؛ لما ذكرنا من التعليل فيه » .

وإن كان الثاني : وجبت لها المتعة .

١٦٥٦ – **وإن كانت من قبلها** : فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة ؛ لأن هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول ، فلا تستحق شيئًا أصلًا . وقد تقدمت هذه الأحكام بأدلتها في الفصل الثالث في الأسباب التي تؤكد لزوم المهر بتمامه للمرأة والأحوال التي تستحق فيها نصف المهر والأحوال التي لا تستحق فيها شيئًا .

(مادة ٣٠٨)

إِذَا مَاتَ الْمُرْتَدُّ فِي عِدَّةِ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ ، فَإِنَّهَا تَرِثُهُ ، سَوَاءٌ ارْتَدَّ فِي حَالِ صِحَّتِهِ أَوْ فِي حَالِ مَرَضِ مَوْتِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٢/١) : « وإذا ارتد الرجل – والعياذ بالله تعالى – فقتل أو لحق بدار الحرب أو مات في دار الإسلام على الردة ورثته امرأته . وإن ارتدت المرأة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب إن كانت الردة في الصحة ؛ لا يرثها الزوج ، وإن كانت في المرض ورثها زوجها استحسانًا وإن ارتدا معًا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما ؛ إن مات المسلم منهما لا يرثه المرتد ، وإن مات المرتد إن كان الذي مات مرتدًا هو الزوج ، ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت ، فإن كانت ردتها في المرض ، ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت في الصحة ؛ لم يرث ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي (١٤٨/٣) : « لا يتوارث مسلم وكافر وقال ﷺ : « لا يتوارث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » رواه الشيخان (ولا يرث مرتد) من أحد (ولا يورث) أي : ولا يرثه أحد وماله فيء » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٢٣/٨) : « من الموانع الكفر ، فلا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم إلا أن يكون الكافر عبد المسلم ؛ فإنه يأخذ ماله بالملك لا بالإرث ، وكذلك عبد الكافر إذا أسلم ومات قبل أن يباع عليه ؛ فإنه يأخذ ماله صرح به المتيطي . قال الجوهري : المرتد لا يرث ، ولا يورث بل ماله فيء للمسلمين هذا حكمه إذا مات ، أو قتل على ردته ، ولا يدخل في قوله أو غيره الزنديق كما لو أسر المسلم النصرانية أو اليهودية وأظهر الإسلام ؛ فإنه يقتل من غير استتابة وميراثه لورثته المسلمين » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٨/٦ ، ٢٤٩) : « إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول ، انفسخ النكاح في الحال ، ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن كانت ردته بعد الدخول ، ففيه روايتان ؛ **إحداهما** : يتعجل الفرقة . **والأخرى** : يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر . وحكم ردتهما جميعًا كحكم ردة أحدهما ، في فسخ النكاح ، وامتناع الميراث . وقال أهل العراق : إذا ارتد الزوجان معًا ؛ فهما على النكاح ؛ لأن دينهما لم يختلف ، فأشبها الكافرين الأصليين ، إلا أنهما لا يتوارثان في دار الإسلام ؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام ، فإن لحقا بدار الحرب ؛ توارثا ؛ لأن حكمهما صار كحكم أهل دار الحرب .

ولنا : أنهما لا يتوارثان في دار الحرب كالمسلم مع الكافر » .

١٦٥٧ - **هذا حكم المهر . وأما إرث أحدهما من الآخر** : فيقال فيه . لا يخلو الحال من أحد الأمرين ، **الأول** : أن يموت أحدهما بعد انقضاء عدة الفرقة التي حصلت بالردة . **الثاني** : أن يموت فيها .

فإن كان الأول : فلا توارث بينهما ؛ لأنهما صارا أجنبيين من بعضهما لانقطاع الزوجية وزوال كل الأحكام المترتبة على الزواج ؛ سواء كان المرتد هو الزوج أو الزوجة .

وإن كان الثاني : فإما أن يكون المرتد هو الزوج ، أو الزوجة . وعلى كل : فإما أن تكون الردة في حال الصحة ، أو في حال مرض الموت .

فإن كان هو المرتد : ورثته في الحالتين إن كانت مستحقة للميراث ، بأن كانت مسلمة ولم يكن هناك مانع من التوريث .

(مادة ٣٠٩)

إِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ : فَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهَا ، وَمَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، يَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ . وَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا وَهِيَ فِي الصِّحَّةِ ، وَمَاتَتْ مُرْتَدَّةً ، فَلا نَصِيبَ لَهُ فِي مِيرَاثِهَا (١) .

* * *

١٦٥٨ - **وإن كانت هي المرتدة** : فإن كانت ردتها في مرض موتها ؛ ورثها زوجها ، إن لم يكن هناك مانع من الإرث .

وإن كانت ردتها وهي في الصحة وماتت مرتدة ؛ فلا نصيب له في الإرث .

١٦٥٩ - وإنما قالوا : إن الزوجة ترث زوجها إذا ارتد ومات في عدتها ، سواء كانت الردة في حال الصحة أو في حال المرض ، وأن الزوج لا يرث من زوجته إذا ارتدت وماتت في العدة إلا إذا كانت الردة في حال المرض ؛ لأن ردته في معنى مرض الموت ؛ لأنه إذا لم يسلم يقتل ، فيكون هاربًا من إرثها ، فترثه مطلقًا . وأما المرأة فلا تقتل بالردة ، فلم تكن هاربة من إرثه إلا إذا كانت ردتها في مرض الموت .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٢/١) : « إن ارتدت المرأة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب ، إن كانت الردة في الصحة ؛ لا يرثها الزوج ، وإن كانت في المرض ؛ ورثها زوجها استحسانًا ، وإن ارتدا معًا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما إن مات المسلم منهما لا يرثه المرتد ، وإن مات المرتد إن كان الذي مات مرتدًا هو الزوج ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت فإن كانت ردتها في المرض ؛ ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت في الصحة ؛ لم يرث ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

الباب الخامس
في العدة وفي نفقة المعتدة

الفصل الأول
فيمن تجب عليها العدة
من النساء ومن لا تجب

(مادة ٣١٠)

الْعِدَّةُ مِنْ مَوَانِعِ النِّكَاحِ لِغَيْرِ الزَّوْجِ .

وَتَجِبُ عَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا حَقِيقَةً فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ ، وَبَعْدَ الْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ أَوِ الْفَاسِدَةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، سَوَاءٌ كَانَتِ الْفُرْقَةُ عَنْ : طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ ، أَوْ بَيْنُونَةٍ صُغْرَى ، أَوْ كُبْرَى ، أَوْ تَفْرِيقٍ بِعُنَّةٍ وَنَحْوِهَا ، أَوْ لِعَانٍ ، أَوْ نُقْصَانِ مَهْرٍ ، أَوْ خِيَارِ بُلُوغٍ ، أَوْ فَسْخٍ ، أَوْ مُتَارَكَةٍ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، أَوْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ .

وَتَجِبُ أَيْضًا عَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ [1] .

* * *

(١) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٩/٣٠٥ ، ٣٠٦) : « مشروعية العدة والدليل عليها : اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع :

أ – أما الكتاب : فمنه قول الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ ﴾ .

ب – وأما السنة : فمنها ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها . أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » . وما ورد أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس : « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض .

ج – وأما الإجماع : أجمعت الأمة على مشروعية العدة ووجوبها من عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا دون نكير من أحد .

سبب وجوب العدة : تجب العدة على المرأة بالفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق ، أو الموت ، أو الفسخ أو اللعان ، كما تجب بالموت قبل الدخول وبعد عقد النكاح الصحيح . وأما الخلوة فقد اختلف =

١٦٦٠ - لا شك في أن العدة لا توجد إلا بعد الفرقة ؛ ولذا أخرت عن جميع أنواعها .

١٦٦١ - **والعُدَّة بضم العين بمعنى** : الاستعداد للشيء . وليست مقصودة هنا ، بل المقصود العِدَّة بكسر العين ، ولها ثلاث معان : معنى في اللغة ، ومعنى في الشرع ، ومعنى في اصطلاح الفقهاء .

فمعناها في اللغة : الإحصاء . يقال عددت الشيء عدة : أحصيته إحصاء .

ومعناها في الشرع : انتظار يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه .

وفي اصطلاح الفقهاء : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته . فهذا المعنى أخص من المعنى الشرعى ، لأن اسم العدة فيه خاص بانتظار المرأة زمنًا مخصوصًا ، لا بانتظار الرجل ، مع أن الرجل يلزمه انتظار زمن مخصوص في مسائل :

منها : إذا طلق زوجته ؛ وأراد أن يتزوج غيرها ممن لا يجوز له الجمع بينهما : كأختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، فلا يجوز له ذلك إلا بعد انقضاء العدة ، سواء كان الطلاق رجعيًّا أو بائنًا .

ومنها : إذا كان رجل متزوجًا أربعًا ، وطلق إحداهن ؛ فلا يجوز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضي عدة من طلقها .

١٦٦٢ - **ومنها** : إذا طلق زوجته ثلاثًا ، وأراد أن يتزوجها ، لزمه الانتظار حتى تنقضي عدتها ، وتتزوج بغيره إلى آخر ما علم مرارًا وغير ذلك من المسائل التي يطول شرحها . وهي ترجع إلى شيء واحد ، وهو أن المرأة التي امتنع نكاحها على الرجل لمانع يلزمه انتظار زوال هذا المانع حتى تحل له .

ولكن الفقهاء لا يسمون انتظار الرجل عدة مع إطلاقها عليه شرعًا .

١٦٦٣ - **والعدة لها أحكام كثيرة** :

منها : حرمة تزوج أخت المعتدة - مثلًا - وأربع سواها ما دامت العدة باقية .

١٦٦٤ - **ومنها** : حرمة المعتدة على غير الزوج . أما هو فيجوز له العقد عليها إذا كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى . فلو كان بائنًا بينونة كبرى ؛

= الفقهاء في وجوب العدة بها . فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول ، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء » .

فلا يجوز له تزوجها ولو في العدة .

١٦٦٥ - **وسبب العدة** : حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بأي سبب . كان فمتى وجد السبب ، وجبت . **وحينئذٍ تجب العدة على المرأة في الأحوال الآتية** :

١٦٦٦ - **أولًا** : إذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة ، سواء كان النكاح صحيحًا أو فاسدًا .

١٦٦٧ - **ثانيًا** : إذا حصلت الفرقة بينهما بعد الخلوة ولو فاسدة إذا كان العقد صحيحًا ، فلو كان فاسدًا فلا تجب العدة بعد الخلوة ولو كانت صحيحة . وبعضهم يقول : إذا حصلت الفرقة بعد الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح ، فإن كان فسادها آتيًا من جهة أمر شرعي : كصوم رمضان وجبت العدة ، وإن كان آتيًا من جهة الحس : كوجود ثالث أو مرض يمنع من المباشرة فلا تجب العدة ، وهو الظاهر كما تقدم لك ذلك في مبحث الخلوة .

١٦٦٨ - ولا فرق في وجوب العدة على الزوجة بعد حصول الفرقة بين ما إذا كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ، بل الكل سواء ، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان العقد صحيحًا ؛ إذ لو كان فاسدًا فلا يلحقه الطلاق ، فالذي يتأتى فيه إما المتاركة أو تفريق القاضي .

١٦٦٩ - **ثالثًا** : تفريق القاضي بالعنة ، فإذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنينًا ، وفرق القاضي بينها بعد استيفاء الشروط المتقدمة في العنة ، وجبت عليها العدة .

١٦٧٠ - **رابعًا** : تفريق القاضي بإباء الزوج الإسلام ، فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة وعرض الإسلام على الزوج وامتنع ، فرق القاضي بينهما ، ووجبت العدة على المرأة .

١٦٧١ - **خامسًا** : تفريق القاضي باللعان ؛ فإذا قذف الزوج زوجة بالزنى ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وتلاعنا ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت العدة على الزوجة .

١٦٧٢ - **سادسًا** : تفريق القاضي بسبب نقصان المهر ، فإذا تزوجت المكلفة بلا إذن وليها العاصب رجلا كفأً بأقل من مهر المثل ؛ ودخل بها ؛ فاعترض الولي العاصب ، ولم يتمم الزوج مهر المثل ، وفرق القاضي بينهما بناء على طلب الولي ، وجبت عليها العدة .

١٦٧٣ - **سابعًا** : تفريق القاضي بخيار البلوغ ، فإذا زوج الصغيرة غير الأب أو الجد

من الأولياء لرجل كفء بمهر المثل ، ودخل بها قبل البلوغ وعندما بلغت اختارت نفسها ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت عليها العدة .

١٦٧٤ - **ثامنًا** : إذا ارتد الزوج ، فسخ عقد الزواج ، فتعدت الزوجة لحصول الفرقة بالفسخ .

١٦٧٥ - **تاسعًا** : إذا كان عقد الزواج فاسدًا ، ودخل بها ، وترك أحد الزوجين الآخر ، وجبت العدة . ومثله إذا لم يفترقا ، وفرق القاضي بينهما .

١٦٧٦ - **عاشرًا** : إذا حصلت الفرقة بعد الوطء بشبهة ، فإذا زفت امرأة لرجل وقيل له : هي زوجتك . ولم تكن كذلك ، فدخل بها وتبين الأمر ، وحصلت الفرقة أو لم تحصل ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت العدة .

١٦٧٧ - وكل هذه الفُرَق لا يجب فيها العدة إلا إذا حصلت بعد الدخول . فإن كانت قبله ، تجب ، ولكن لو حصلت الفرقة بالوفاة وكان العقد صحيحًا ؛ وجبت العدة مطلقًا ، أي : سواء كان قبل الدخول أو بعده ؛ لأن حكمتها في الوفاة إظهار الحزن على الزوج ، وهذا لا فرق فيه في الحالتين ، بخلاف الحكمة في غير الوفاة فإنها معرفة براءة الرحم ، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول [1] .

(مادة ٣١١)

عِدَّةُ الطَّلاقِ أَوِ الفَسْخِ بِجَمِيعِ أَسْبَابِهِ فِي حَقِّ المَرْأَةِ الحُرَّةِ الحَائِلِ المَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَوْ كِتَابِيَّةً تَحْتَ مُسْلِمٍ ثَلاثُ حِيَضٍ كَوَامِلَ إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الحَيْضِ .

وَكَذَا مَنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ عِدَّتُهَا بِالحَيْضِ لِمَوْتِ الوَاطِئِ فِيهِمَا ، وَلِلتَّفْرِيقِ أَوِ المُتَارَكَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ الحَقِيقِيِّ ، لا بَعْدَ الخَلْوَةِ وَلَوْ كَانَتْ صَحِيحَةً .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢١) : عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي :

١ - ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثالث عشر : العدة : مدة العدة : المادة (١٣٥) : مدة عدة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الإياس وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك .

وَلَا تُحْتَسَبُ حَيْضَةٌ وَقَعَتْ فِيهَا الْفُرْقَةُ بِأَيِّ نَوْعٍ ، بَلْ لابُدَّ مِن ثَلَاثِ حِيَضٍ كَوَامِلَ غَيْرِهَا حَتَّى تَمْلِكَ الْمَرْأَةُ عِصْمَتَهَا وَتَحِلَّ لِلْأَزْوَاجِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٣/٣) : « إن كانت المرأة حرة فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ، وسواء وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح أو بالفرقة في النكاح الفاسد ، أو بالوطء عن شبهة النكاح لما ذكرنا أن النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقدًا في حق وجوب العدة ، ويلحق به فيه ، وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه ، والنص الوارد في المطلقة يكون واردًا فيها دلالة ، وكذلك أم الولد إذا أعتقت بإعتاق المولى أو بموته فإنها تعتد بثلاثة قروء عندنا ، وعند الشافعي تعتد بحيضة واحدة . **وجه قوله** : أن هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح ، وإنما وجبت بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفى بحيضة واحدة كما في استبراء سائر المملوكات .

ولنا : ما روي عن عمر ، وغيره من الصحابة ﷺ أنهم قالوا : عدة أم الولد ثلاث حيض ، وهذا نص فيه ، وبه تبين أن الواجب عدة وليس باستبراء إلا أنهم سموه عدة ، والعدة لا تقدر بحيضة واحدة ، والدليل على أنه عدة أنه يجب على الحرة ، والحرة لا يلزمها الاستبراء . وإذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد ؛ ولأن هذه العدة تجب بزوال الفراش ؛ لأن أم الولد لها فراش إلا أن فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف ؛ لاحتماله النقل إلى غيره ، فإذا أعتقت فقد استحكم ، فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح ، والعدة التي تجب بزوال الفراش الثابت بالنكاح ، وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة قروء ، ولهذا استوى في الواجب عليها الموت ، والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة ، وغيرها سواء ، وهي ثلاثة أقراء لعموم النص ، وإن كانت أمة فقرءان عند عامة العلماء . وقال نفاة القياس : ثلاثة قروء كعدة الحرة ، احتجوا بعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ من غير تخصيص الحرة .

ولنا : الحديث المشهور ، وهو ما روي عن عبد الله بن عمر ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان » وقال عمر ﷺ : عدتها حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا ، وبه تبين أن الإماء مخصوصات من عموم الكتاب الكريم ، وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جائز بالإجماع ؛ ولأن العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي أن يتنصف فتعتد حيضة ، ونصفا كما أشار إليه عمر ﷺ إلا أنه لا يمكن ؛ لأن الحيضة الواحدة لا تتجزأ فتكاملت ضرورة ، وسواء كان زوجها حرًا أو عبدًا بلا خلاف ؛ لأن العدة تعتبر بالنساء بالإجماع ، ويستوي في مقدار هذه العدة المسلمة ، والكتابية الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن الدلائل لا توجب الفصل » .

وجاء في المبسوط (٤٠/٦ ، ٤١) : « وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يعتد بتلك الحيضة من عدتها ، هكذا قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه وشريح وإبراهيم رحمهما الله تعالى ، وهذا لأن الحيضة الواحدة لا تجزئ وما سبق الطلاق منها لم يكن محسوبًا من العدة ، فيمنع ذلك الاحتساب بما بقي ولو احتسب بما بقي وجب إكمالها بالحيضة الرابعة ؛ لأن الاعتداد بثلاث حيض كوامل فإذا وجب جزء من الحيضة الرابعة وجب كلها » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٧٩/٥) : « (وعدة حرة ذات أقراء) بأن كانت تحيض (ثلاثة) من =

= أقراء ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ولو ظنها الواطئ أمته أو زوجته الأمة ؛ فإنها تعتد بثلاثة أقراء ؛ لأن الظن إنما يؤثر في الاحتياط لا في التخفيف ، ولو طرأ عليها الرق لالتحاقها بدار الحرب واسترقاقها فإنها تعتد بذلك في أحد وجهين يظهر ترجيحه والثاني : ترجع إلى عدة أمة .

تنبيه : شمل إطلاقه ما لو شربت دواء حتى حاضت وهو كذلك كما تسقط الصلاة عنها . (والقرء) ضبطه المصنف بالفتح بخطه لكونه اللغة المشهورة ، وهو لغة مشترك بين الطهر والحيض ، ومن إطلاقه على الحيض ما في خبر النسائي وغيره : « تترك الصلاة أيام أقرائها » وقيل : حقيقة في الأول مجاز في الثاني وقيل : عكسه ، وفي الاصطلاح : الطهر ؛ كما روي عن عمر ، وعلي ، وعائشة وغيرهم من الصحابة : ولقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ والطلاق في الحيض محرم كما مر في بابه فيصرف الإذن إلى زمن الطهر ، وقد قرئ « فطلقوهن لقبل عدتهن » وقبل الشيء أوله ؛ ولأن القرء مشتق من الجمع ، يقال : قرأت كذا في كذا إذا جمعته فيه ، وإذا كان الأمر كذلك كان بالطهر أحق من الحيض ؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم ، والحيض خروجه منه ، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته ، ويجمع على أقراء وقروء وأقرؤ » .

وجاء فيه أيضًا (٥/٧٩ ، ٨٠) : « (فإن طلقت طاهرًا) وبقي من زمن طهرها شيء (انقضت) عدتها (بالطعن في حيضة ثالثة) ؛ لأن بعض الطهر وإن قل يصدق عليه اسم قرء قال تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ وهو شهران وبعض الثالث ، فإن لم يبق من زمن الطهر شيء كأن قال : أنت طالق آخر طهرك فإنما تنقضي عدتها بالطعن في حيضة رابعة ، كما في قوله : (أو) طلقت (حائضًا ففي) أي : فتنقضي عدتها بالطعن في حيضة (رابعة) وما بقي من حيضها لا يحسب قرءًا جزمًا ؛ لأن الطهر الأخير إنما يتبين كماله بالشروع في الحيضة التي بعده وهي الرابعة (وفي قول يشترط يوم وليلة بعد الطعن) في الحيضة الثالثة في الأولى وفي الرابعة في الثانية ليعلم أنه حيض ، وقضيته أن اليوم والليلة على هذا القول من نفس العدة وهو وجه ، والأصح أنه يتبين بذلك الانقضاء . وأجاب الأول بأن الظاهر أنه دم حيض لئلا تزيد العدة على ثلاثة أقراء ، فإن انقطع دون يوم وليلة ولم يعد قبل مضي خمسة عشر يومًا تبين عدم انقضائها » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٥٧) : « (والقرء) ضبطه المصنف بالفتح بخطه لكونه اللغة المشهورة ، وهو لغة مشترك بين الطهر والحيض ، ومن إطلاقه على الحيض ما في خبر النسائي وغيره « تترك الصلاة أيام أقرائها » وقيل : حقيقة في الأول مجاز في الثاني وقيل : عكسه ، وفي الاصطلاح (الطهر) كما روي عن عمر وعلي وعائشة وغيرهم من الصحابة : ولقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ والطلاق في الحيض محرم كما مر في بابه فيصرف الإذن إلى زمن الطهر ، وقد قرئ « فطلقوهن لقبل عدتهن » وقبل الشيء أوله ؛ ولأن القرء مشتق من الجمع ، يقال : قرأت كذا في كذا إذا جمعته فيه ، وإذا كان الأمر كذلك كان بالطهر أحق من الحيض ؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم ، والحيض خروجه منه ، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته ، ويجمع على أقراء وقروء وأقرؤ » .

وجاء في شرح الخرشي (٤/١٤١) : « المرأة إذا طلقت في حال طهرها فإنها تعتد بذلك الطهر الذي طلقت فيه ويكون قرءًا ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة يسيرة ثم إذا حاضت ثانية فقرآن ، وثالثة فثلاثة أقراء فلأجل ذلك قال فتحل بأول الحيضة الثالثة وذلك ؛ لأن كل حيضة أتت بعد طهر ، وأما إن طلقها في حال حيضها =

= أو نفاسها ؛ فإنها لا تحل إلا بأول الحيضة الرابعة من يوم الطلاق وهذا في الحرة ، وأما الزوجة الأمة ؛ فإن طلقها حال طهرها فإنها تحل بأول الحيضة الثانية وإن طلقها في حال حيضها أو نفاسها فإنها لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الثالثة ؛ وذلك لأن كل حيضة وليت طهرًا وتقدم أنه قال وذي الرق قرآن ، فإن قيل كونها تحل بأول رؤية الدم يعارض ما سيأتي من أن أقل الحيض هنا يوم أو بعضه ، فالجواب : لا معارضة ؛ وذلك لأن محل ذلك حيث انقطع الدم ، وهنا حيث استمر ، فمجرد الرؤية كاف نظرًا إلى أن الأصل الاستمرار » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٨١ ، ٨٢) : « عدة المطلقة إذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعًا ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى بن ثعلب : القروء الأوقات ، الواحد قرء ، وقد يكون حيضًا وقد يكون طهرًا ؛ لأن كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر :

كرهت العقر عقر بني تميم إذا هبت لقاريها الرياح

يعني : لوقتها . وقال الخليل بن أحمد يقال : أقرأت المرأة : إذا دنا حيضها وأقرأت : إذا دنا طهرها ، وفي الحديث عن النبي ﷺ : « دعي الصلاة أيام أقرائك . فهذا الحيض » . وقال الشاعر :

مورثة عزًّا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر . واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ . واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد ، فروي أنها الحيض . روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والعنبري ، وإسحاق وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وروي ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان بن عفان رضي الله عنهم وأبي موسى ، وعبادة بن الصامت ، وأبي الدرداء . قال القاضي : الصحيح عن أحمد ، أن الأقراء الحيض . وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال في رواية النيسابوري : كنت أقول إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض . وقال في رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكابر .

والرواية الثانية عن أحمد ، أن القروء الأطهار . وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور . وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أدركت أحدًا من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك . قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار ، قال في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عمن قال : القروء الحيض . تختلف ، والأحاديث عمن قال : إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة . أحاديثها صحاح وقوية .

واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ . أي في عدتهن . كقوله تعالى : ﴿ وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾ . أي : في يوم القيامة . وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض . ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » . متفق عليه . وفي رواية ابن عمر : (فطلقوهن في قبل عدتهن) . ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، وكعدة =

= الآيسة والصغيرة .
ولنا قول الله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾ . فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل ذلك على أن الأصل الحيض ، كما قال تعالى : ﴿ فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدٗا ﴾ . الآية ، ولأن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي ﷺ : « تدع الصلاة أيام أقرائها » . رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري ، فإذا أتى قرؤك ، فلا تصلي ، وإذا مر قرؤك ، فتطهري ، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء » رواه النسائي . ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع ؛ فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه .
وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة طلقتان ، وقرؤها حيضتان » . رواه أبو داود ، وغيره . فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن مسلم ، وهو منكر الحديث . قلنا : قد رواه عبد الله بن عيسى ، عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ، كذلك أخرجه ابن ماجه ، في (سننه) ، وأبو بكر الخلال ، في (جامعه) ، وهو نص في عدة الأمة ، فكذلك عدة الحرة ؛ ولأن ظاهر قوله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ ﴾ . وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الأطهار ، لم يوجب ثلاثة ؛ لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص ، ومن جعله الحيض ، أوجب ثلاثة كاملة ، فيوافق ظاهر النص ، فيكون أولى من مخالفته ؛ ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحيض ، كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل ، والذي يدل عليه الحيض ؛ فوجب أن يكون الاستبراء به .
فإن قيل : لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال ابن عبد البر ، وقال : قولهم : إن استبراء الأمة حيضة بإجماع . ليس كما ظنوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة ، واستيقنت أن دمها دم حيض ، كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه . قلنا : هذا يرده قول النبي ﷺ : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » . ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة ، لا بالطهر الذي قبلها ؛ ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم ، فوجب أن تتعلق بالطهر ، كوضع الحمل ، يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه ، وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأما قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن ؛ إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ، ضرورة أن الطلاق سبق العدة ، لكونه سببها ، والسبب يتقدم على الحكم ، فلا يوجد قبله ، والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض » .
وجاء فيه أيضًا (٨٣/٨) : « الحيضة التي تطلق فيها لا تحسب من عدتها . بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتناول ثلاثة كاملة ، والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به ، مع اثنتين ثلاثة كاملة ، فلا يعتد بها ؛ ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض ؛ لما فيه من تطويل العدة عليها ، فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءًا ، كان أقصر لعدتها ، وأنفع لها ، فلم يكن محرمًا ، ومن قال : القروء الأطهار . احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءًا ، فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة ، حسبها قرءًا ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار . إلا الزهري وحده ، قال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه . . وحكي عن أبي عبيد ، =

١٦٧٨ - **وأنواع العدة ثلاث** : حيض ، وأشهر ، ووضع حمل. وذلك يختلف باختلاف الفرقة وحال الزوجة وعقد الزواج .

١٦٧٩ - **وبيانه** : أن المرأة إذا كانت من ذوات الحيض ، حصلت الفرقة بالطلاق ، سواء كان رجعيًّا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو حصلت الفرقة بالفسخ ؛ كارتداد الزوج ، أو اختيار المرأة نفسها بالبلوغ ، فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيض كوامل .

١٦٨٠ - **ولكن يشترط لذلك شروط** :

الأول : أن تكون المرأة حرة ، فلو كانت رقيقة ، انقضت عدتها بحيضتين .

الثاني : أن تكون حائلًا ، أي : غير حامل ، فلو كانت حاملًا انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإن قصر الزمن .

الثالث : أن تكون مدخولًا بها حقيقة أو حكمًا (الخلوة) ، إلا أنه يشترط في لزوم العدة بعد الدخول الحكمي أن يكون العقد صحيحًا . ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت المرأة مسلمة أو كتابية متزوجة بمسلم . والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (١). والآية وإن لم تنص إلا على المطلقات ،

= أنه إن كان جامعها في الطهر ، لم يحتسب ببقيته ؛ لأنه زمن حرم فيه الطلاق ، فلم يحتسب به من العدة ، كزمن الحيض .

ولنا : أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعًا لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءًا ، كان الطلاق في الطهر أضر بها ، وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح ؛ لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته ، فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق ، فتصير العلة معلولًا ، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه ؛ لكونها مرتابة ؛ ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، فإن الطلاق يقع في أول الحيضة ، ويكون محرمًا ، ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها ، وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها ، أو ثلاثة أطهار ، على الرواية الأخرى . ولو قال لها : أنت طالق في آخر طهرك . أو في آخر جزء من طهرك . أو انقضت حروف الإيقاع ، ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع ؛ فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق ؛ لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، وليس بعده طهر تعتد به ، ولا يجوز الاعتداد بما قبله . ولا بما قاربه ، ومن جعل القرء الحيض ، اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق ؛ لأنها حيضة كاملة ، لم يقع فيها طلاق ، فوجب أن تعتد بها قرءًا . وإن اختلفا ، فقال الزوج : وقع الطلاق في أول الحيض . وقالت : بل في آخر الطهر . أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر . وقالت : بل قد بقي منه بقية . فالقول قولها ؛ لأن قولها مقبول في الحيض ، وفي انقضاء العدة » .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

إلا أنه قيس عليها غيرها ممن حصلت الفرقة بينهما بالفسخ ، لأن العدة إنما وجبت لتعرف براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق في غير الطلاق أيضًا . والقروء جمع : قرء ، وهو : الحيض . وقال الإمام الشافعى رضى اللّٰه تعالى عنه : هو الطهر ، فلا تنقضي العدة عنده إلا بثلاثة أطهار .

ويبنى على هذا الخلاف : أن الرجل إذا طلق زوجته في أول الطهر فلا تحتاج عنده إلا إلى حيضتين . وعند الحنفية لا بد من ثلاث حيض. وإذا طلقها فنزل عليها الدم ، انقضت عدتها عند الحنفية بطهرين وثلاث حيض . وعنده بثلاثة أطهار .

١٦٨١ – **وحكمة العدة في هذه الحالة** : تَعَرُّف براءة رحم المرأة من الحمل ، ولكن يقال : إن هذا التعرف تكفي فيه حيضة واحدة ، لأن الحنفية يقولون : إن الحامل لا تحيض أصلًا . فمتى حاضت مرة ، علمنا أنها ليست بحامل ، فكان مقتضى هذا أن العدة تنقضي بحيضة واحدة ، لحصول المقصود بها .

وقد أجابوا عن ذلك : بأن الأولى لتعرف براءة الرحم ، والثانية لإظهار شرف النكاح حيث لم ينقطع أثره بحيضة واحدة بالنسبة للحرة والرقيقة ، والثالثة لفضيلة الحرية على الرق .

١٦٨٢ – وكما تكون العدة بالحيض عند الفرقة بالطلاق أو الفسخ في هذه الأحوال ، تكون أيضًا عند الوفاة في حالتين لا في كل الأحوال :

الأولى : إذا وطئ رجل امرأة بشبهة ، بأن زفت إليه وقيل له : هي زوجتك . ولم تكن كذلك ، فدخل بها ، فقبل المتاركة أو التفريق توفي الرجل ، فإن المرأة تعتد بالحيض في هذه الحالة .

الثانية : إذا كان العقد فاسدًا ومات ، فإنها تعتد بالحيض أيضًا ، لا بأربعة أشهر وعشرة أيام التي هي عدة الوفاة ؛ لأن حكمة العدة هنا تعرف براءة الرحم أيضًا لا الحزن على الزوج ، إذا هو في الوطء بشبهة ليس زوجًا ، وفي النكاح الفاسد ليس زوجًا شرعيًا ، فلا يجب الحزن عليه .

١٦٨٣ – والعدة لا تجب بعد الخلوة إلا إذا كان العقد صحيحًا ، فلو كان فاسدًا وحصلت المتاركة من الزوجين أو لم تحصل ؛ وفرق القاضي بينهما ؛ فلا تجب العدة إلا إذا حصل وصول حقيقى قبل ذلك ؛ لأن الخلوة حينئذٍ ولو كانت صحيحة ، لا توجب العدة وحدها .

١٦٨٤ - ولا تنقضي العدة وتملك المرأة عصمتها إذا حاضت ثلاث حيض كوامل فلو طلقها زوجها وهي حائض ، فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة ، بل من الحيضة التالية لهذه [١] .

(مادة ٣١٢)

إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ لِصِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ ، أَوْ بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ أَصْلًا ، فَعِدَّةُ الطَّلَاقِ أَوِ الْفَسْخِ فِي حَقِّهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ كَامِلَةٍ .

فَإِذَا وَجَبَتِ الْعِدَّةُ فِي غُرَّةِ الشَّهْرِ ، وَتُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالأَهِلَّةِ ، وَلَوْ نَقَصَ عَدَدُ أَيَّامِ بَعْضِهَا عَنْ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَإِذَا وَجَبَتْ فِي خِلَالِهِ ، تُعْتَبَرُ بِالأَيَّامِ ، وَتَنْقَضِي بِمُضِيِّ تِسْعِينَ يَوْمًا [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢١) : ثلاثة أشهر للآيسة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدة اللاتي بلغن سن الإياس : المادة (١٣٧) : النساء المتزوجات بعقد صحيح والمفترقات عن أزواجهن بعد الخلوة بالطلاق أو الفسخ عدتهن ثلاثة أشهر إذا كن بلغن الإياس .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما عدة الأشهر فالكلام فيها في موضعين أيضًا : في بيان مقدارها وما تنقضي به ، وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء ، أما الأول : فما وجب بدلًا عن الحيض ، وهو عدة الآيسة ، والصغيرة ، والبالغة التي لم تر الحيض أصلًا فثلاثة أشهر إن كانت حرة لقوله تعالى : ﴿ وَالَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ؛ ولأن الأشهر في حق هؤلاء تدل على الأقراء ، والأصل مقدر بالثلاث كذا البدل ؛ سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أوبالوطء عن شبهة ؛ لما ذكرنا في عدة الأقراء . وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافًا للشافعي ، وإن كانت أمة فشهر ، ونصف ؛ لأن حكم البدل حكم الأصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ؛ ولأن الرق متنصف ، والتكامل في عدة الأقراء ثبت لضرورة عدم التجزيء ، والشهر متجزئ فبقي الحكم فيه على الأصل ، ولهذا تتنصف عدتها في الوفاة ، وسواء كان زوجها حرًا أو عبدًا لما ذكرنا أن المعتبر في العدة جانب النساء ، وسواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبة ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الأقراء ، وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافًا للشافعي . وما وجب أصلًا بنفسه ، وهو عدة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشر ، وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة إن كانت حرة ؛ لقوله ﷺ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة ؛ لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يومًا نطفة ، ثم أربعين يومًا علقة ، ثم أربعين يومًا مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح في العشر ، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحبل إن كان بها حبل ، وإن كانت أمة فشهران ، وخمسة أيام ؛ لما بينا بالإجماع ، سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبة ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة ، والمسلمة ، =

= والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العدتين الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة ، والأمة » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٨١/٥ ، ٨٢) : « (و) عدة (حرة لم تحض) أصلًا لصغر أو غيره ، وإن ولدت ورأت نفاسًا (أو يئست) من الحيض (بثلاثة أشهر) بالأهلة إن انطبق الطلاق على أول الشهر بتعليق أو غيره لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ أي : فعدتهن كذلك فحذف المبتدأ والخبر من الثاني لدلالة الأول عليه (فإن) لم ينطبق على أول شهر بأن (طلقت في أثناء شهر) ولو في أثناء أول يوم أو ليلة منه (فبعده هلالان وتكمل المنكسر ثلاثين) يومًا من شهر رابع ، ولو نقص المنكسر عن ثلاثين ، هذا هو المذهب وعن ابن بنت الشافعي أن جميع الأشهر تنكسر وتعتد بتسعين يومًا كمذهب أبي حنيفة (فإن حاضت فيها) أي : أثناء الأشهر (وجبت الأقراء) بالإجماع لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البدل كالمتيمم يجد الماء في أثناء تيممه ، ولا يحسب ما مضى من الطهر قرءًا كما هو قضية البناء المار ، وصرح بتصحيحه المصنف في تصحيح التنبيه أما إذا حاضت بعد انقضائها ؛ فإنه لا يؤثر ؛ لأن حيضها حينئذٍ لا يمنع صحة القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللائي لم يحضن (و) عدة (أمة) ومن فيها رق ولو مكاتبة لم تحض أو يئست (بشهر ونصف) ؛ لأن الأصل فيما ينقص بالرق من الأعداد النصيف والشهر قابل له بخلاف الأقراء (وفي قول) عدتها (شهران) لأنهما بدل عن القرأين (و) في (قول) عدتها أشهر (ثلاثة) لعموم قوله تعالى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ، ولأن الماء لا يظهر أثره في الرحم إلا بعد هذه المدة ، إذ الولد يخلق في ثمانين يوما ثم يتبين الحمل بعد ذلك ، وما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية ، ولو انتقلت الأمة للحيض فكانتقال الحرة فيما مر (ومن انقطع دمها) أي : دم حيضها من حرة أو غيرها (لعلة) تعرف (كرضاع ومرض تصبر حتى تحيض) فتعتد بالأقراء (أو تيأس) أي : تصل إلى سن اليأس ، وأقصاه اثنان وستون سنة فتعتد حينئذٍ (بالأشهر) ولا يبالي بطول مدة الانتظار لما روى البيهقي عن عثمان أنه حكم بذلك في المرضع قال الشيخ أبو محمد : وهو كالإجماع من الصحابة ﷺ (أو لا) بأن انقطع دمها لا (لعلة) تعرف (فكذا) تصبر حتى تحيض فتعتد بالأقراء أو تيأس بالأشهر (في الجديد) كما لو انقطع لعلة ؛ لأن اللّه تعالى لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلا للتي لم تحض والآيسة ، وهذه ليست واحدة منهما ؛ لأنها ترجو عود الدم فأشبهت من انقطع دمها لعارض معروف (وفي القديم تتربص) غالب مدة الحمل (تسعة أشهر) لتعرف فراغ الرحم ؛ لأن الغالب ، أن الحمل لا يمكث في البطن أكثر من ذلك ، قال البيهقي : وقد عاب الشافعي في القديم على من خالفه ، وقال : كان يقضي به أمير المؤمنين عمر بين المجاهدين والأنصار رضي اللّه تعالى عنهم ولم ينكر عليه فكيف تجوز مخالفته ، (وفي قول) من القديم : تتربص أكثر مدة الحمل (أربع سنين) لتعلم براءة الرحم بيقين ، وفي قول مخرج على القديم : إنها تتربص ستة أشهر أقل مدة الحمل ، وحاصل القديم : أنها تتربص مدة الحمل ، لكن غالبه أو أكثره أو أقله (ثم تعتد بالأشهر) على كل من أقوال القديم إذا لم يظهر حمل (فعلى الجديد) وهو التربص لسن اليأس (لو حاضت بعد اليأس في الأشهر وجبت الأقراء) للقدرة على الأصل قبل الفراغ من البدل ، ويحسب ما مضى قرءًا قطعًا ؛ لأنه طهر بين دمين (أو بعدها) أي : الأشهر (فأقوال أظهرها إن نكحت) بضم أوله بخطه أي : من =

= زوج غير صاحب العدة (فلا شيء) يجب عليها من الأقراء ، وصح النكاح لتعلق حق الزوج بها وللشروع في المقصود كالمتيمم يرى الماء بعد الشروع في صلاة يسقط قضاؤها بالتيمم (وإلا) بأن لم تنكح من غيره (فالأقراء) واجبة في عدتها ؛ لأنه بان أنها ليست آيسة ولم يتعلق بها حق زوج آخر والثاني : تنتقل إلى الأقراء مطلقًا لما ذكر . والثالث : المنع مطلقًا لانقضاء العدة ظاهرًا ، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر ، وما ذكر على الجديد بعد اليأس يأتي مثله على القديم بعد التربص ، غير أن الخلاف فيه وجوه ، ولو حاضت الآيسة المنتقلة إلى الحيض قرءًا أو قرأين ثم انقطع حيضها ؛ استأنفت ثلاثة أشهر ، بخلاف ذات أقراء أيست قبل تمامها فإنها لا تستأنف ، خلافًا لابن المقري في التسوية بينهما في الاستئناف ، وعليه يطلب الفرق ، وقد يفرق بأن الأولى لما كان عدتها بالأشهر ثم انتقلت إلى الأقراء ولم تتم رجعت إلى ما كانت عليه وهو الأشهر ، فكانت عدتها بها فلا تكمل على الأقراء ، بخلاف الثانية المنتقلة من حيض إلى أشهر فإنها ليست كذلك (والمعتبر) في اليأس على الجديد (يأس عشيرتها) أي : أقاربها من الأبوين كما نص عليه في الأم لتقاربهن طبعًا وخلقًا ، ويعتبر الأقرب فالأقرب إليها فإن قيل : إنما اعتبروا في مهر المثل نساء العصبات فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب : بأن زيادة المهر ونقصه لنفاسة النسب وخساسته ، وهي معتبرة بالآباء والنسب إليهم ، فكذلك اعتبر بالعصبات وهنا إنما يتعلق بالطبع والجبلة فاعتبر الجانبان (وفي قول) يأس (كل النساء) للاحتياط وطلبًا لليقين ، وذلك بحسب ما بلغنا خبره ، لا طوف نساء العالم ؛ لأنه غير ممكن (قلت : ذا القول أظهر ، والله أعلم) وعليه هل المراد نساء زمانها أو النساء مطلقًا ؟ ، قال الأذرعي : إيراد القاضي وجماعة يقتضي الأول ، وكلام كثيرين أو الأكثرين يقتضي الثاني انتهى ، وهذا الثاني هو الظاهر ، واختلفوا في سن اليأس ستة أقوال أشهرها ما تقدم ، وهو اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون ، وقيل : سبعون ، وقيل : خمسة وثمانون ، وقيل : تسعون ، وقيل : غير العربية لا تحيض بعد الخمسين ، ولا تحيض بعد الستين إلا قرشية ، ولو رأت امرأة الدم بعد سن اليأس صار أعلى اليأس آخر ما رأته فيه ، ويعتبر بعد ذلك بها غيرها ، فإن قيل : هذا مخالف لما قالوه في سن الحيض من أنه لا عبرة برؤية دم قبله مع أن كلًّا ثبت بالاستقراء . أجيب : بأن الاستقراء في السن استقراء تام لتيسره ، ولهذا لم يقع فيه خلاف فلم يعول على خلافه ، بخلافه هنا ، ولهذا كثر الخلاف فيه » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥٨/٢) : « (فإن كانت) المطلقة (ممن لم تحض) لصغر ولكن مطيقة للوطء (أو) كانت كبيرة لكن (قد يئست من المحيض) بأن جاوزت السبعين (فثلاثة أشهر) عدتها (في) حق (الحرة ، و) مثلها (الأمة) على المشهور لقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ أي : عدتهن كذلك : فإنه شامل للحرة والأمة ، وأيضًا الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر وتعتبر الشهور بالأهلة ، وإذا طلقت في أثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهلة وكملت المنكسر ثلاثين يومًا من الرابع ، ولو كان المنكسر ناقصًا ، ولا تحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره ، وقيدنا الصغير بالمطلقة ؛ لأن غيرها لا عدة طلاق عليها . فإن قيل : زوجة الصبي لا عدة عليها ولو كبيرة وهو مطيق ، والمطيقة : التي لم تحض عليها العدة حيث كان زوجها بالغًا . **فالجواب** : أن الصبي لا ماء له قطعًا فعدم الحمل من وطئه محقق ، وأما المطيقة فلا يقطع بعدم حملها لاختلاف أحوال =

١٦٨٥ - وإن لم تكن المرأة الحرة الغير الحامل المدخول بها حقيقة أو حكمًا في النكاح الصحيح من ذوات الحيض لأي سبب كان ، أي : سواء كان السبب هو الصغر أو الكبر بأن بلغت سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة ، أو بلغت بالسن وغايته خمس عشرة سنة ولم تر الحيض أصلًا ، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بالطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه ، فعدتها تنقضي بثلاثة أشهر كاملة لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾ (١) . أي : مثلهن . روي أنه لما نزلت آية القرء ، قالوا : قد علمنا التي تحيض ، فالتي لا تحيض لا تدري ما عدتها . فأنزل اللّه تعالى هذه الآية . **فالمعنى** : إن ارتبتم في عدة التي لم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر .

١٦٨٦ - **والعدة** : إما أن تجب في غرة الشهر ، أو في أثنائه .

فإن كان الأول ؛ انقضت بثلاثة أشهر ولو نقصت عن تسعين يومًا . وإن كان الثاني ؛ اعتبرت الأيام ، فلا تنقضي إلا بتسعين يومًا من تاريخ الفرقة .

= البنات باختلاف الأزمنة والمأكل والمشرب .

تنبيه : إنما تعتد الصغيرة بشرطها بالأشهر حيث لم تر الحيض في آخرها وإلا انتقلت للأقراء ، والآيسة إذا رأت الحيض في أثناء أشهرها ينظرها النساء » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٨١/٩ ، ٢٨٢) : « (اللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن . فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر ، وإن كن إماء فشهران) . يعني يكون ابتداء العدة من حين وقع الطلاق ، سواء كان في أول الليل أو النهار ، أو في أثنائهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : هذا المشهور من الوجهين . وقال ابن حامد : لا يعتد به إلا من أول الليل أو النهار . قوله (وإن كن إماء : فشهران) هذا المذهب نقله الأكثر عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه أكثر الأصحاب . قال في الفروع : نقله واختاره الأكثر .

وقال المصنف ، والشارح : أكثر الروايات عنه : أن عدتهن شهران . وقطع به الخرقي ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم . واختاره القاضي وأصحابه ، وأبو بكر فيما حكاه القاضي في الروايتين وابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، ونظم المفردات ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . وعنه ثلاثة أشهر . قدمه في المحرر . وعنه شهر ونصف . اختاره أبو بكر فيما حكاه عنه المصنف وغيره . وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب . وعنه : شهر . قاله في الفروع . وفيه نظر » .

(١) الطلاق : ٤ .

(مادة ٣١٣)

إِذَا اعْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ الْمُرَاهِقَةُ بِالأَشْهُرِ ، ثُمَّ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِهَا، وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِف الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ .

وَكَذَا الآيِسَةُ الَّتِي دَخَلَتْ الْعِدَّةَ بِالأَشْهُرِ إِذَا رَأَتِ الدَّمَ عَلَى الْعَادَةِ قَبْلَ تَمَامِ الأَشْهُرِ ؛ انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا ، وَوَجَبَ عَلَيْهَا اسْتِئْنَافُهَا بِالْحَيْضِ ، فَلا تَحِلُّ لِلأَزْوَاجِ إِلا بَعْدَ ثَلاثِ حِيَضٍ كَوَامِلَ . فَإِذَا رَأَتِ الدَّمَ عَلَى الْعَادَةِ بَعْدَ تَمَامِ الأَشْهُرِ ؛ فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، وَلا تَسْتَأْنِفُ غَيْرَهَا ، وَنِكَاحُهَا جَائِزٌ بَعْدَهَا ، وَتَعْتَدُّ فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِالْحَيْضِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٤/١٥٠ ، ١٥١) : « (ومن عاد دمها بعد الأشهر الحيض) أي : وعدة من اعتدت بالأشهر لإياسها ثم رأت دمًا الحيض فينتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ، ومعناه : إذا رأت الدم على العادة ؛ لأن عوده يبطل إياسها وهو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفًا ، وهذا ؛ لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ، كذا في الهداية ، وظاهره فساد الأنكحة المباشرة قبل رؤية الدم وبعده ، وهو لازم الانتقاض كما في فتح القدير واختلفوا في معنى قوله : إذا رأت الدم على العادة ؛ فقيل : معناه إذا كان سائلًا كثيرًا احترازًا عما إذا رأت بلة يسيرة ، وقيل : معناه ما ذكر وأن يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تُرْبِيَّة (أي : بلون التراب) لا يكون حيضًا ، وقيل : معناه أن يكون على العادة الجارية حتى لو كان عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك انتقض . هكذا حكى الأقوال في فتح القدير من غير ترجيح وصرح في المعراج بأن الفتوى على القول الأول ، وشمل إطلاق المصنف كالهداية ما إذا رأت قبل الحكم بإياسها أو بعده وهذا الإطلاق بجملته مختار صاحب الهداية وهو أحد الأقوال وحاصله ينتقض مطلقًا وسواء كان بعد الشهور أو في أثنائها ولكن عبارة المصنف فيما إذا كان بعد الأشهر . **الثاني** : لا ينتقض مطلقًا واختاره الإسبيجابي . **الثالث** : تنتقض إن رأته قبل تمام الأشهر وإن كان بعدها فلا ؛ وبه أفتى الصدر الشهيد ، وفي المجتبى وهو الصحيح المختار للفتوى . **الرابع** : تنتقض على رواية عدم التقدير للإياس التي هي ظاهر الرواية فإنما ثبت الأمر على ظنها فلما حاضت تبين خطؤها ولا ينتقض على رواية التقدير له ، واختاره في الإيضاح ، واقتصر عليه في الخانية ، وجزم به القدوري والجصاص ، ونصره في البدائع . **الخامس** : تنتقض إن لم يكن حكم بإياسها وإن حكم به فلا ، كأن يدعي أحدهما فساد النكاح فيقضى بصحته ، وهو قول محمد بن مقاتل وصححه في الاختيار . **السادس** : تنتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض للطلاق بعده لا للماضي فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر ، وصححه في النوازل ؛ فقد تحرر أن فيها ستة أقوال مصححة ، فيجب النظر فيما ثبت عن صاحب المذهب الإمام الأعظم ﷺ ، وقد صرح الأقطع وتبعه في غاية البيان بأن ظاهر الرواية القول بالانتقاض مطلقًا وهو مختار صاحب الهداية فتعين المصير إليه ولكنه مبني على اشتراط تحقق اليأس في خلفية الأشهر بالنص ، وأن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات وضعفه في فتح القدير بمنع قوله وذلك باستدامة العجز =

١٦٨٧ - **والمعتدة بالأشهر** : إما ألا ترى الحيض أصلًا ، أو تراه . فإن رأته : فإما أن تكون تلك الرؤية بعد تمام الأشهر ، أو في أثنائها .

فإن لم تره أصلًا : فلا كلام في أن عدتها انقضت بالأشهر هذه المرة ، وإذا احتيج إلى العدة في المستقبل تنقضي بالأشهر أيضًا .

وأن رأته بعد تمام الأشهر : انقضت في هذه المرة بها ، وفي المستقبل تكون بالحيض .

= إلى الممات إلى آخره بناء على أن اليأس حقيقة اعتقاد عدم الوقوع أبدًا لا العلم بعدم وجوده ، وفي القاموس : اليأس : القنوط وهو ضد الرجاء وقطع الأمل ا هـ . ويمكن أن يقال : إن في المسألة ثمانية ؛ أقوال الخمسة الأخيرة والثلاثة المذكورة في تفسير قول صاحب الهداية : إن رأت الدم على العادة . ثم اعلم أنه لا تقدير لسن الإياس في ظاهر الرواية وإياسها على هذا أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال ، وفي رواية فيه تقدير . قال الصدر الشهيد المختار : خمس وخمسون سنة وعليه أكثر المشايخ ، وفي المنافع وعليه الفتوى ، كذا في المعراج ثم قال بعده : قال ابن مقاتل : حده خمسون سنة وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وعليه الفتوى ، وقيل : ستون ، وقيل : لا تلد لستين إلا قرشية ، وقال الصفار : سبعون سنة ، وقدر محمد في الروميات خمسًا وخمسين سنة ، وفي غيرهن ستين ، وعنه سبعين ، وفي الخانية لا فرق بين الرومية وغيرها وهو خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى ، وفي الاختيار . المرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغًا لا يحيض فيه أمثالها غالبًا حكم بإياسها ، وذكر في الجامع الصغير إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها ، وفي القنية : طلق المدخول بها وعمرها خمس وخمسون سنة ثم مضى عليها أربعة أشهر لا تحيض ليس له أن يتزوج بنت أخيها حتى تنقضي مدة الحبل ثم ثلاثة أشهر للاحتياط » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣٩١/٣ ، ٣٩٢) : « (فإن حاضت الصغيرة) أو غيرها ممن لم تحض (في أثناء العدة) بالأشهر (انتقلت إلى الحيض) لقدرتها على الأصل قبل فراغها من البدل كما في أثناء التيمم . (ولم يحسب الماضي قرءًا) ؛ لأنه لم يحتوش بدمين أما من حاضت بعد الفراغ من العدة فلا يؤثر ؛ لأن حيضها حينئذٍ لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللائي لم يحضن » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٧٣/٢): « (و) إذا رأت ممكنة الحيض الدم أثناء عدتها بالأشهر ولو في آخر يوم من أشهرها (انتقلت للأقراء) وألغت ما تقدم ؛ لأن الحيض هو الأصل في الدلالة على براءة الرحم » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٨٤/٩ ، ٢٨٥) : « (وإن حاضت الصغيرة في عدتها : انتقلت إلى القرء ويلزمها إكمالها . وهل يحسب ما قبل الحيض قرء ؟ ، إذا قلنا : القرء الأطهار على وجهين) . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والهادي ، والكافي ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والزركشي . أحدهما : لا يحسب قرء . وهو المذهب . جزم به في الوجيز . قال في المنور : وإن حاضت الصغيرة ابتدأت . قال ابن عبدوس في تذكرته : وتبدأ حائض في العدة بالأقراء . فليس في شيء من ذلك دليل على ما قلنا ؛ لأن عند هؤلاء أن القرء الحيض . قال في إدراك الغاية : والطهر الماضي غير معتبر به في وجه . والوجه الثاني : يحسب قرءًا . صححه في التصحيح . وقدمه ابن رزين في شرحه » .

فإذا فرض وتزوجت الآيسة بعد مضي ثلاثة أشهر ثم عاودها الدم على عادتها ، فلا ينقض هذا التزوج .

وإن رأته في أثنائها : كما إذا كانت مراهقة ، أي : قريبة من البلوغ ودخلت في العدة بالأشهر أو آيسة بأن بلغت خمسًا وخمسين سنة ، وكان الحيض انقطع عنها ، ودخلت في العدة بالأشهر ، وقبل انقضائها رأت الدم على عادتها ، انقضت العدة بالأشهر ، ووجب عليها أن تستأنف عدة بالحيض ، فلا تحل للأزواج إلا بعد ثلاث حيض كوامل .

والسبب في ذلك بالنسبة للمراهقة : أنها صارت من ذوات الحيض ؛ فيلزمها أن تعتد به لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (١) .

١٦٨٨ - **وبالنسبة للآيسة** : أن العدة بالأشهر خلف عن العدة بالحيض ؛ لأن عود الحيض يبطل الإياس ، فظهر أنه لم يكن خلفًا ؛ وذلك لأن شرط الخلفية تحقق الإياس ، وذلك لا يكون إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ، فإن له أن يفطر في رمضان ويفدي عن صوم كل يوم . فإذا قدر قبل موته ، لزمه قضاء صوم الأيام التي أفطر فيها (٢) .

(مادة ٣١٤)

الْمَرْأَةُ الَّتِي رَأَتِ الدَّمَ أَيَّامًا ثُمَّ ارْتَفَعَ عَنْهَا وَانْقَطَعَ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَاسْتَمَرَّ طُهْرُهَا سَنَةً فَأَكْثَرَ ، تَعْتَدُّ بِالْحَيْضِ ، وَلا تَنْقَضِي عِدَّتُهَا حَتَّى تَبْلُغَ سِنَّ الْيَأْسِ ، وَتَتَرَبَّصُ بَعْدَهُ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ كَامِلَةً ، وَسِنُّ الْيَأْسِ خَمْسٌ وَخَمْسُونَ سَنَةً (٣) .

* * *

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢١) : ٢ - سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدم رؤية الحيض : المادة (١٣٦) :

إذا لم تر المعتدة في المدة المذكورة حيضًا أو رأته مرة أو مرتين ثم انقطع ينظر ؛ فإذا بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة أشهر من زمن بلوغها إليه وإن لم تكن بلغت سن الإياس تتربص تسعة اشهر تتمة للسنة .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا يأس ؛ فانقضاء عدتها في الطلاق ، وسائر وجوه الفرق بالحيض ؛ لأنها من ذات الأقراء إلا أنه ارتفع حيضها لعارض ، فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد =

١٦٨٩ - فظهر جليًا أنه متى ثبت أن المرأة من ذوات الحيض، فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيض .

= الإياس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر ، وهو مذهب علي ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ﷺ . وروي عن عمر وابن عباس ﷺ أنها تمكث تسعة أشهر فإن لم تحض اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك ، وهو قول مالك ، واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ ﴾ نقل الله العدة عند الارتياب إلى الأشهر . والتي ارتفع حيضها فهي مرتابة ؛ فيجب أن تكون عدتها بالشهور ، **والجواب** : أنه ليس المراد من الارتياب المذكور هو الارتياب في اليأس بل المراد منه ارتياب المخاطبين في عدة الآيسة قبل نزول الآية . كذا روي عن ابن مسعود ﷺ أن الله تعالى لما بين لهم عدة ذات القروء ، وعدة الحامل شكُوا في الآيسة فلم يدروا ما عدتها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، وفي الآية ما يدل عليه ؛ فإنه قال : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ ﴾ ولا يأس مع الارتياب ؛ إذ الارتياب يكون وقت رجاء الحيض ، والرجاء ضد اليأس . وكذا قال سبحانه « إن ارتبتم » ولو كان المراد منه الارتياب في الإياس لكان من حق الكلام أن يقول : إن ارتبن ، فدل أنه ﷻ أراد به ما ذكرنا » .

قول الشافعية : جاء في شرح منهج الطلاب (٤/٤٤٤ ، ٤٤٥) : « (ومن انقطع دمها) من حرة أو غيرها (ولو بلا علة) تعرف (تصبر حتى تحيض) فتعتد بأقراء (أو تيأس) فبأشهر ، وإن طال صبرها ؛ لأن الأشهر إنما شرعت للتي لم تحض وللآيسة وهذه غيرهما (فلو حاضت من لم تحض) من حرة أو غيرها (أو) حاضت (آيسة) كذلك (فيها) أي : في الأشهر (فبأقراء) تعتد ؛ لأنها الأصل في العدة ، وقد قدرت عليها قبل الفراغ من بدلها ، فتنتقل إليها كالمتيمم إذا وجد الماء في أثناء التيمم ، فإن حاضت بعدها الأولى لم يؤثر ؛ لأن حيضها حينئذٍ لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللائي لم يحضن ، أو الثانية ففيها تفصيل ذكرته بقولي (كآيسة حاضت بعدها ولم تنكح) زوجًا آخر ؛ فإنها تعتد بالأقراء لتبين أنها ليست آيسة فإن نكحت آخر فلا شيء عليها لانقضاء عدتها ظاهرًا مع تعلق حق الزوج بها وللشروع في المقصود كما إذا قدر المتيمم على الماء بعد الشروع في الصلاة ، وذكر حكم غير الحرة فيمن لم تحض من زيادتي (والمعتبر) في اليأس (يأس كل النساء) بحسب ما يبلغنا خبره لا طوف نساء العالم ولا يأس عشيرتها فقط ، وأقصاه اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/١٣٧) : « ولو اعتادته في كالسنة يعني أن المرأة إذا كانت عادتها أن القرء لا يأتيها إلا في كل سنة أو أكثر منها مرة واحدة ؛ فإنها لا تعتد إلا بالأقراء ولا تخرج بذلك عن كونها من أهل الأقراء فتنتظر العادة على عادتها لقضاء عمر ﷺ بذلك ورد بلو على خلاف طاوس القائل باكتفائها بثلاثة أشهر ولا تنتظر الحيض والضمير في اعتادته للحيض ، ومثل السنة العشر ، فمن عادتها أن يأتيها الحيض في كل عشر سنين مرة ؛ فإنها تنظره فإن جاء وقت مجيئه وهو العشر سنين ولم يجئ حلت ، وإن جاء انتظرت وقت مجيء الثانية فإن جاء وقت المجيء ولم تجئ حلت وإن جاء انتظرت وقت مجيء الثالثة ؛ فإن لم تجئ أو جاءت حلت » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٩٠ ، ٩١) : « فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها ؛ لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض ، وإن طالت ؛ لأن هذه لم يرتفع حيضها ، ولم تتأخر عن عادتها ، فهي من ذوات القروء ، باقية على عادتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم في هذا مخالفًا » .

ويبنى على ذلك : أنه لو رأت امرأة دم الحيض مرة واحدة ، بأن نزل عليها ثلاثة أيام ؛ لأن هذا الزمن أقل مدة الحيض، ثم انقطع عنها الدم لأي سبب كان ، واستمر طهرها وكانت متزوجة ، أو تزوجت بعد تلك الحيضة ثم حصلت الفرقة بينهما وبين زوجها بغير وفاته ، فلا تنقضي عدتها بالأشهر ؛ بل لا بد من أن تحيض ثلاث حيض حتى تنقضي العدة ؛ لأنه ثبت أنها من ذوات الحيض ، فلا تعتد بغيره .

فإذا عاد الدم قبل بلوغها سن الإياس ، اعتدت به . وإن لم يعد أصلًا ، فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الإياس ، وهو خمس وخمسون سنة ، وتعتد بعده بثلاثة أشهر كاملة .

١٦٩٠ – وهذه المسألة في غاية الشدة بالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن ؛ إذ يمكن أن يكون خمسًا وأربعين سنة وأشهرًا . وبالنسبة للرجال أيضًا ؛ لإلزامهم بالإنفاق على المرأة حتى تنقضي العدة ؛ ولذا قال الامام مالك رضى الله تعالى عنه : تنقضي عدتها بسنة كاملة . وهو ظاهر المراد ؛ لأن الغرض من العدة أمران : تعرُّف براءة الرحم ، وإظهار الحزن والأسف على الفراق . ولم يجعل الشارع مدة للحزن أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبراءة الرحم تعرف بغير هذا الزمن ؛ لأن أكثر مدة الحمل سنتان ، فلو قالوا : لا تنقضي عدتها ألا بعد مضي سنتين من وقت الفرقة للتحقق من براءة الرحم لكان وجيهًا ، مع أنه لم يقل به أحد من الحنفية . ولأي شيء تنقضي عدتها إذا توفي زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام ، ولا تنقضي إذا كانت الفرقة بغير الوفاة إلا بالبلوغ سن الإياس وتعتد بعده .

١٦٩١ – فإن قالوا : إن عدة الوفاة هكذا .

١٦٩٢ – **قلنا** : إن الغرض من العدة في غيرها تعرف براءة الرحم ، ولا يتأتى أن يكون مشغولًا بالولد هذا الزمن ، فلا يسعنا إلا أن نقول كما يقولون البحث وارد والحكم مسلم ، والمتبادر للعقل والذهن أن مذهب الإمام مالك هو الأرفق ، فيفتى به للضرورة كما نص على ذلك بعض الحنفية . ونص بعض الحنفية على أن عدتها تنقضي بتسعة أشهر .

(مادة ٣١٥)

مُمْتَدَّةُ الدَّمِ الَّتِي تَحَيَّرَتْ وَنَسِيَتْ عَادَتَهَا ، تَنْقَضِي عِدَّتُهَا بَعْدَ مُضِيِّ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ أَوِ الْفَسْخِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في درر الحكام (١/ ٤٠ ، ٤١) : « (وأقل الطهر) الذي يكون بين الحيضتين (خمسة عشر يومًا) لإجماع الصحابة عليه ؛ ولأنه مدة اللزوم فكان كمدة الإقامة ، فإن قيل قد تقرر أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام ؛ فإذا كان أقل الطهر خمسة عشر يومًا لزم أن يكون في الشهر يومان ليس فيهما حيض ولا طهر قلنا هذا إنما يلزم إذا وجب أن يكون الطهر الواحد ، والحيض الواحد في شهر واحد وليس كذلك ؛ ولذا قال في البدائع : إن المرأة لا تحيض في الشهر عشرة لا محالة ولو حاضت فلا تطهر عشرين لا محالة بل تحيض ثلاثة وتطهر عشرين وقد تحيض عشرة وتطهر خمسة عشر ، (ولا حد لأكثره) ؛ لأنه قد يمتد إلى سنة وسنتين وقد لا ترى الحيض أبدًا فلا يمكن تقديره (إلا عند نصب العادة إذا استمر الدم) فحينئذٍ يكون لأكثره عادة واختلفوا في تقدير مدته ، والأصح أنه مقدر بستة أشهر إلا ساعة ؛ لأن العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فانتقصت عن هذا بشيء وهو الساعة صورته مبتدئة رأت عشرة دمًا وستة أشهر طهرًا ثم استمر بها الدم تنقضي عدتها بتسعة عشر شهرًا إلا ثلاث ساعات ؛ لأنها تحتاج إلى ثلاث حيضات كل حيض عشرة أيام وإلى ثلاث أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة ، اعلم أن إحاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض . وعند أبي يوسف لطرفي مدة الطهر المتخلل وأن الطهر الذي يكون أقل من خمسة عشر إذا تخلل بين الدمين ؛ فإن كان أقل من ثلاثة أيام لا يفصل بينهما بل هو كالدم المتوالي إجماعًا وإن كان ثلاثة أيام أو أكثر ، فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخرًا لا يفصل ولو أكثر من عشرة أيام بل هو أيضًا كالدم المتوالي عنده ؛ لأنه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين لما مر أن أقل الطهر خمسة عشر يومًا ، فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين ؛ لأن الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعًا ، فيجوز بداءة الحيض وختمه بالطهر على هذا القول لا الأقوال الخمسة الآتية . وفي رواية محمد عن أبي حنيفة : أنه لا يفصل إن أحاط الدم بطرفيه في عشرة أو أقل ، وفي رواية ابن المبارك عنه : يشترط مع ذلك كون الدمين نصابًا . وعند محمد : يشترط مع هذا كون الطهر مساويًا للدمين أو أقل ثم إذا صار الطهر لكونه كالدم المتوالي دمًا عنده فإن وجد في عشرة ذلك الطهر فيها طهر آخر يغلب الدمين المحيطين به لكن يصير مغلوبًا إن عد ذلك الدم الحكمي دما فإنه يعد دمًا حتى يجعل الطهر الآخر حيضًا أيضًا إلا في قول أبي سهيل ، ولا فرق بين كون الطهر الآخر مقدمًا على ذلك الطهر أو مؤخرًا ، وعند الحسن بن زياد الطهر الذي يكون ثلاثة أو أكثر يفصل مطلقًا ، فهذه ستة أقوال ، ووضعوا مثالا يجمع هذه الأقوال : مبتدئة رأت يومًا دمًا وأربعة عشر طهرًا ، ثم يومًا د وثمانية ط ثم يوما د وسبعة ط ثم يومين د وثلاثة ط ثم يومًا د وثلاثة ط ثم يومًا د ويومين ط ثم يوما د فهذه خمسة وأربعون يومًا ؛ ففي رواية أبي يوسف العشرة الأولى التي حاديها دم وعاشرها طهر ، والعشرة الرابعة التي طرفاها طهر حيض ، وفي رواية محمد : العشرة بعد طهر هو أربعة عشر حيض ، وفي رواية ابن المبارك : العشرة بعد طهر هو ثمانية حيض .

= وعند محمد : العشرة بعد طهر هو سبعة حيض . وعند أبي سهيل : الستة الأولى من هذه العشرة حيضة . وعند الحسن : الأربعة الأخيرة حيض وما سوى ما حكم كل مجتهد بكونه حيضًا استحاضة عند ذلك الحاكم ، ففي كل صورة يكون الطهر الناقص فاصلًا في هذه الأقوال إن كان أحد الدمين نصابًا كان حيضًا ، وإن كان كل منهما نصابًا فالأولى حيض ، وإن لم يكن شيء منهما نصابًا فكل واحدة من الأولى والثانية استحاضة .
وجاء في حاشيته : « (قوله : إلا عند نصب العادة ... إلخ) شامل لثلاث مسائل : مسألة من بلغت مستحاضة وسيأتي أنه يقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر ، ومن لها عادة في الطهر والحيض ثم استمر بها الدم وحيضها وطهرها ما رأت فعدتها بحسبه كما سيذكره ، والثالثة مسألة المضللة وتسمى المحيرة وفيها فصول ثلاثة ذكرها في البحر (قوله : واختلفوا في تقدير مدته ... إلخ) . أقول كذا ذكره صدر الشريعة وليس الاختلاف إلا في عدة المحيرة وهي التي كانت لها عادة واستمر بها الدم ونسيت عدد أيامها ، وأولها ، وآخرها ، ودورها فلا يناسبه الإطلاق ولا ما صوره من الصور الآتية (قوله : ، والأصح أنه مقدر بستة أشهر ... إلخ) . أقول كذا قاله صدر الشريعة وهذا في المحيرة كما ذكرناه . وقال الزيلعي : أن يزيدوا على ذلك لأنه يجوز أنه طلقها في أول حيضها فلا يعتد بتلك الحيضة فتحتاج إلى ثلاث حيض سواها وثلاثة أطهار . ا هـ .
وقال في البحر وجوابه : لما كان الطلاق في الحيض محرمًا لم ينزلوه مطلقًا فيه حملًا لحال المسلم على الصلاح وهو واجب ما أمكن ا هـ قلت وفيه نظر ؛ لأن الاحتياط في أمر الفروج آكد خصوصًا العدة ، فهو مقدم على توهم مصادفة الطلاق الطهر فلا تنقضي العدة إلا بيقين . ا هـ . ثم قال الزيلعي: وذكر محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن : أنه - يعني الطهر - للمحيرة مقدر بشهرين ، وهو اختيار أبي سهل الغزالي . ا هـ .
وقال في البحر : واختاره الحاكم الشهيد وعليه الفتوى ؛ لأنه أيسر على المفتي والنساء ، كذا في النهاية ، والعناية وفتح القدير . ا هـ . قلت : فعلى هذا تنقضي عدتها بسبعة أشهر لاحتياجها إلى ثلاثة أطهار بستة أشهر وثلاث حيضات بشهر ا هـ . وباقي الأحكام كالصلاة تأخذ فيه بالأحوط وكيفيته في فتح القدير (قوله : صورته ... إلخ) . أقول كذا قاله صدر الشريعة أيضًا ، وقد علمت أن هذا لا يناسب ما قدمه وفيه نظر آخر وهو : أنه إذا كان طهرها ستة أشهر عادة لها لا بد من تمام تلك المدة وقد حكم بانقضاء العدة فيما دونه كما ذكره وليس ذلك إلا في المحيرة على غير المختار كما قدمناه ، **والدليل على أنه لا بد من تمام عادتها** : ما في فتح القدير وأما إذا بلغت برؤية عشرة - مثلًا - دمًا وستة طهرًا ثم استمر بها الدم ، فقال أبو عصمة ، والقاضي أبو حازم : حيضها ما رأت وطهرها ما رأت ، فتنقضي عدتها بثلاث سنين وثلاثين يومًا . ا هـ .
قلت : فلا شك أن ما صوره هو هكذا في الحكم فلا وجه للتنقيض ا هـ . ثم قال الكمال : وهذا بناء على اعتباره الطلاق أول الطهر ، والحق أنه إن كان من أول الاستمرار إلى إيقاع الطلاق مضبوطًا فليس هذا التقدير بلازم لجواز كون حسابه يوجب كونه أول الحيض فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام أو آخر الطهر فيقدر بسنتين واحد وثلاثين أو اثنين وثلاثين أو ثلاثة وثلاثين ونحو ذلك . وإن لم يكن مضبوطًا : فينبغي أن تزاد العشرة إنزالًا له مطلقًا أول الحيض احتياطًا ا هـ . فقلت : وبهذا تعلم صحة جوابنا عن الزيلعي رحمه الله (قوله : اعلم . . . إلخ) محله عند قوله المتقدم وطهر متخلل فيها حيض فكان ينبغي ذكره ثمة (قوله : فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة . . . إلخ) قال الكمال وعليه الفتوى . ا هـ . =

= وفي التتارخانية : قال في المحيط وبعض مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف وبه كان يفتي القاضي الإمام صدر الإسلام أبو اليسر وكان يقول هو أسهل على المفتي والمستفتي ، وعليه استقر رأي صدر الإسلام حسام الدين وبه يفتي . ا هـ . وقال : في البحر بعد نقله رواية أبي يوسف لكنه لا يتصور ذلك إلا في مدة النفاس فراجعه متأملًا (قوله : كون الدمين نصابًا) أقول وهو ثلاثة أيام (قوله : وعند محمد . . . إلخ) قال الكمال : وفي بعض نسخ المبسوط أن الفتوى على قول محمد ، والأول أولى ا هـ . ويعني بالأول قول أبي يوسف الذي هو قول أبي حنيفة آخرًا (قوله : ففي رواية أبي يوسف العشرة الأولى . . . إلخ) فإن قلت في جعل العشرة الأولى حيضًا نظر ؛ لأن شرطه وجود نصاب أقله وذلك إما ثلاثة أيام بلياليها عند أبي حنيفة ومحمد أو يومان وأكثر الثالث عند أبي يوسف ولم يوجد قلت قد تقدم أن الطهر إذا لم يكن خمسة عشر يومًا كان فاسدًا فلم يكن فاصلًا فهو كالدم المتوالي وإذا كان كالدم المتوالي فالحيض عشرة ، والطهر خمسة عشر يومًا » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣٩١/٣) : « (المستحاضة تعتد بالأقراء المردودة إليها من العادة والتمييز) والأقل (وعدة المتحيرة) ولو منقطعة الدم (تنقضي بثلاثة أشهر) في الحال (لاشتمال كل شهر على طهر وحيض) غالبًا ولعظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس ، ويخالف الاحتياط في العبادات ؛ لأن المشقة فيها لا تعظم عظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس (مبتدأة كانت أو غيرها) نعم إن حفظت الأدوار واعتدت بثلاثة منها كما ذكره في الحيض سواء أكانت أكثر من ثلاثة أشهر أم أقل لاشتمالها على ثلاثة أطهار ، وكذا لو شكت في قدر أدوارها ولكن قالت أعلم أنها لا تجاوز سنة مثلًا أخذت بالأكثر وتجعل السنة دورها ذكره الدارمي ووافقه النووي في مجموعه في باب الحيض . (فإن بقي من الشهر الذي طلقت فيه أكثر من خمسة عشر يومًا عُدَّ قرءًا) ؛ لاشتماله على طهر لا محالة (وتعتد بعده بهلالين ، وإلا) بأن بقي منه خمسة عشر يومًا فأقل (فلا اعتبار بتلك البقية) ؛ لاحتمال أنها حيض فتبتدئ بالعدة من الهلال وبذلك علم أن الأشهر ليست متأصلة في حق المتحيرة ولكن يحسب كل شهر في حقها قرءًا ؛ لاشتماله على حيض وطهر غالبًا كما تقرر بخلاف من لم تحض والآيسة حيث يكملان المنكسر كما سيأتي . ومحل ذلك في الحرة ، أما غيرها فقال : البارزي تعتد بشهر ونصف ، وقال البلقيني : هذا قد يتخرج على أن الأشهر أصل في حقها وليس بمعتمد فالفتوى على أنها إذا طلقت أول الشهر اعتدت بشهرين ، أو وقد بقي أكثره فبباقيه والثاني أو دون أكثره فبشهرين بعد تلك البقية » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٣٨/٤) : « أو استحيضت وميزت المشهور أن المستحاضة إذا ميزت بين الدمين أي : دم الحيض ودم الاستحاضة بالرائحة ، أو اللون ، أو الكثرة ؛ فإنها لا تعتد إلا بالأقراء لا بالسنة فإن لم تميز بين الدمين فإن عدتها سنة كما يأتي ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩١/٨) : « المستحاضة لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ؛ فإن كان لها حيض محكوم به بذلك ؛ فحكمها فيه حكم غير المستحاضة ، إذا مرت لها ثلاثة قروء ، فقد انقضت عدتها . قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام أقرائها التي كانت تعرف . وإن علمت أن لها في كل شهر حيضة ، ولم تعلم موضعها ، فعدتها ثلاثة أشهر . وإن شكت في شيء ، تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت . وإن كانت مبتدأة لا تمييز لها ، أو ناسية لا تعرف لها وقتًا =

١٦٩٣ - وهذا بالنسبة لممتدة الطهر . وأما ممتدة الدم ، وهي التي نزل عليها الدم واستمر بدون انقطاع ؛ فلا يخلو حالها من أحد أمرين ، **الأول** : أن تكون لها عادة معروفة بالنسبة للطهر والحيض . **الثاني** : ألا تكون كذلك .

١٦٩٤ - **فإن كان الأول** ، اتبعت عادتها ؛ فتنقضي عدتها بعد مضي الزمن الكافي لثلاث حيض من وقت الطلاق أو الفسخ .

١٦٩٥ - **وإن كان الثاني** : بأن لم تكن لها عادة أصلًا بأن بلغت برؤية الدم واستمر ، أو كانت لها عادة ونسيتها ، ففيها أقوال كثيرة، المفتى به **منها** : أن عدتها تنقضي بعد مضي سبعة أشهر من وقت الطلاق أو الفسخ ، وذلك بأن يجعل لها ثلاث حيض بثلاثين يومًا احتياطًا وثلاثة أطهار وكل طهر شهران ؛ لأن المدة الفاضلة بين دمي الحيض أقلها خمسة عشر يومًا ولا حد لأكثرها ؛ فأضاف من قال بهذا القول على أقل مدة الطهر ثلاثة أمثاله للاحتياط ، وإن كان المراد أن النساء يحضن في كل شهر مرة [1] .

(مادة ٣١٦)

عِدَّةُ الحَامِلِ وَضْعُ جَمِيعِ حَمْلِهَا مُسْتَبِينًا بعضُ خَلْقِهِ أَوْ كُلُّهُ ، سَوَاءٌ انحَلَّ قَيْدُ نِكَاحِهَا

= ولا تمييزًا ، فعن أحمد فيها روايتان : **إحداهما** : أن عدتها ثلاثة أشهر . وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد ؛ لأن النبي ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ، ويثبت فيها سائر أحكام الحيض ، فيجب أن تنقضي به العدة ؛ لأن ذلك من أحكام الحيض . **والرواية الثانية** : تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها . قال أحمد : إذا كانت قد اختلطت ، ولم تعلم إقبال الدم وإدباره ، اعتدت سنة ؛ لحديث عمر ؛ لأن به يتبين الحمل . وهو قول مالك وإسحاق ؛ لأنها لم تتيقن لها حيضًا ، مع أنها من ذوات القروء ، فكانت عدتها سنة ، كالتي ارتفع حيضها . وعلى الرواية الأولى ، ينبغي أن يقال : إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر ، فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث ، فقد انقضت عدتها . وإن قلنا : القروء الأطهار . فطلقها في آخر شهر ، ثم مر لها شهران وهَلَّ الثالث ، انقضت عدتها . وهذا مذهب الشافعي » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٤) : عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستبينًا بعض الأعضاء .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٤٠) : المرأة المتزوجة بعقد صحيح إذا فارقها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن تتربص إلى أن تضع حملها فإن أسقطت حملها ينظر، فإن كان الولد مستبين الخلقة كلها أو بعضها فهو كالوضع ، وإن لم يكن مستبين الخلقة تعامل وفقًا للأحكام المحررة في المواد السابقة وحكم هذه المادة جار أيضا على الحوامل المتزوجات بعقد فاسد إذا فرقن عن أزواجهن أو ماتوا عنهن .

بِمَوْتٍ أَوْ طَلاقٍ أَوْ فَسْخٍ .

فَلَوْ أَسْقَطَتْ سَقْطًا لَمْ يَسْتَبِنْ بَعْضُ خَلْقِهِ ، فَلا تَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩٦/٣ ، ١٩٧) : « وأما عدة الحبل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ من غير فصل ، وذكر في الأصل أنها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة ، هكذا ذكر ، والسنة المذكورة : هي ما روي عن عمر ﷺ أنه قال في المتوفى عنها زوجها : إذا ولدت وزوجها على سريره جاز لها أن تتزوج . **وشرط انقضاء هذه العدة** : أن يكون ما وضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه ، فإن لم يستبن رأسًا بأن أسقطت علقة أو مضغة لم تنقض العدة ؛ لأنه إذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضي به العدة ، وإذا لم يستبن لم يعلم كونه ولدًا بل يحتمل أن يكون ؛ ويحتمل أن لا يكون ؛ فيقع الشك في وضع الحمل ، فلا تنقضي العدة بالشك .

وقال الشافعي في أحد قوليه : يرى للنساء ، وهذا ليس بشيء ؛ لأنهن لم يشاهدن انخلاق الولد في الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن . وقال في قول آخر : يجعل في الماء الحار ثم ينظر إن انحل فليس بولد ، وإن لم ينحل فهو ولد ، وهذا أيضًا فاسد ؛ لأنه يحتمل أنه قطعة من كبدها أو لحمها انفصلت منها ، وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد ؛ فلا يعلم به أنه ولد . ولو ظهر أكثر الولد لم يذكر هذا في ظاهر الرواية . وقد قالوا في المطلقة طلاقًا رجعيًا : إنه إذا ظهر منها أكثر ولدها أنها تبين ، فعلى هذا يجب أن تنقضي به العدة أيضًا بظهور أكثر الولد ، ويجوز أن يفرق بينهما فيقام الأكثر مقام الكل في انقطاع الرجعة احتياطًا . ولا يقام في انقضاء العدة حتى لا تحل للأزواج احتياطًا أيضًا . ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل إذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، وكذلك إذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء ، وعامة الصحابة ﷺ . وروي عن عمر ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن عمر ، وأبي هريرة ﷺ أنهم قالوا : عدتها بوضع ما في بطنها ، وإن كان زوجها على السرير . وقال علي ﷺ وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ﷺ : أن الحامل إذا توفي عنها زوجها فعدتها أبعد الأجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيرًا تنقضي به العدة .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة (٣٥٠/٤ ، ٣٥١) : « (و) تعتد المرأة إذا كانت حاملًا (بتكمل انفصال حمل) حي ، أو ميت (يمكن) كونه (من ذي عدة) لقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فهو مخصص لآية ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ ؛ ولأن القصد من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع وهذا (في الكل) من حرة وغيرها ذات أقراء ، أو أشهر مفارقة بالحياة أو بالوفاة ؛ لأنه يدل على براءة الرحم قطعًا . والأقراء والأشهر يدلان عليها ظاهرًا وخرج بانفصاله خروج بعضه ، ولو بعد خروج أحد التوأمين فلا تنقضي به العدة ، بل حكمه حكم المجتن في بقاء العدة والرجعة ، ولحوق الطلاق ، والتوارث بين أبويه وعدم توريثه ، وسراية عتق الأم إليه ، ووجوب الغرة بالجناية عليها وعدم إجزائه عن الكفارة ، وتبعيته للأم في إزالة الملك ، وكذا سائر أحكام الجنين ، كذا ذكره الرافعي هنا ، وفي الفرائض . وحكى في باب الغرة وجهين وصحح أن المعتبر لوجوبها ظهور شيء منه ؛ لأن المقصود تحقق وجوده وبنى عليهما وجوب القود إذا أخر جان رقبته ، وهو حي ووجوب الدية إذا مات بعد صياحه ، وحكى في الأطعمة عن البغوي : أنه إذا خرج بعضه لا يحل بذبح الأم =

= للقدرة عليه وعن القفال الحل ورجحه في الروضة ورجح فيها كأصلها في الرضاع أن ابتداء الحولين من خروجه بتمامه وحكى هناك وجهين في أنه إذا ارتضع قبل تمام خروجه هل يعتد به ، أو لا ؟ ، وقول النظم بتكمل كقول غيره بتمام تأكيد وإيضاح ؛ لأن الغرض منه مفهوم من الانفصال وخرج بإمكانه من ذي العدة ما إذا لم يمكن بأن ولدته لدون ستة أشهر من العقد ، أو لأكثر ودون أربع سنين وكان بينهما مسافة لا تقطع في تلك المدة ، أو لفوق أربع سنين من الفرقة ، فلا تنقضي العدة بوضعه لكن لو ادعت في الأخيرة أنه راجعها ، أو وطئها بشبهة وأمكن فهو ، وإن انتفى عنه تنقضي به العدة ، كذا نقله الماوردي عن الجمهور والشيخان عن الأئمة » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/ ٣٣) : « (وعدة الحامل من وفاة أو طلاق وضع حملها) كله حيث كان لاحقًا أو يصح استلحاقه ، وسواء كان كاملًا أو دمًا مجتمعًا سواء (كانت) تلك المعتدة (حرة أو أمة) مسلمة (أو كتابية) والدليل على ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وهذه مخصصة لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقوله تعالى أيضًا : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ، وإنما خصصت آية الحوامل هاتين الآيتين ؛ لأن القصد من العدة الاستدلال على براءة الرحم ، ووضع الحمل أقوى في الدلالة من الزمان والحيض ، **وقولنا** : اللاحق بالفعل أو يصح استلحاقه ؛ ليدخل حمل الملاعنة للاحتراز عما لو كان الزوج صبيًا ، أو مجبوبًا فلا تنقضي عدة زوجته بوضع حملها لا من موت ولا طلاق ، بل لا بد من ثلاثة أقراء في الطلاق تعد نفسها حيضة ، وعليها في الوفاء أقصى الأجلين ، وهو المتأخر من الوضع ، أو تمام الأربعة أشهر وعشر في الحرة ، أو الشهرين والخمس ليال في الزوجة الأمة ، وقولنا : كله للاحتراز عما لو كان في بطنها ولدان فلا تحل إلا بوضعهما ، فلو نزل بعض الواحد وبقي بعضه ولو الثلث فلا تنقضي عدتها ، واستظهر بعض الشيوخ لو مات الحمل بعد خروج بعضه وبقي في بطنها نحو عضو منفصل كما لو تقطع الحمل وتأخر ذلك أن عدتها تنقضي ، وهو مخالف لتوكيد خليل بكله ؛ لأنه لا فرق بين البعض الباقي المتصل أو المنفصل وحرر المسألة . نعم ظهر لنا حكم آخر ، وهو انقضاء العدة بتمام وضع الحمل ولو من غير نوع الأم والأب ، كأن تضع حيوانًا بهيمًا ، وربما يصدق عليه قوله تعالى : ﴿ وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وحرر المسألة » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٩/ ٢٧٢ ، ٢٧٣) : « (والحمل الذي تنقضي به العدة : ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان) . اعلم أن ما تنقضي به العدة من الحمل : هو ما تصير به الأمة أم ولد . على ما تقدم في أول « باب أحكام أمهات الأولاد » فما حكمنا هناك بأنها تصير به أم ولد نحكم هنا بانقضاء العدة به . وما نحكم هناك بأنها لا تصير به أم ولد نحكم هنا بعدم انقضاء عدتها به . هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : لا تنقضي العدة هنا بالمضغة ، وإن صارت بها هناك أم ولد . نقلها الأثرم . قاله المصنف ، وغيره . قوله : (فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك ، فذكر ثقات من النساء : أنه مبدأ خلق آدمي ، فهل تنقضي به العدة ، على روايتين) . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والمغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمذهب الأحمد . **إحداهما** : لا تنقضي به العدة ، وهو المذهب . اختاره أبو بكر . وقدمه في الكافي . وقال : هذا المنصوص . وجزم به ابن عبدوس في تذكرته . **والرواية الثانية** : تنقضي به العدة . صححه في التصحيح ، ونهاية =

١٦٩٦ - وإن كانت المرأة حاملًا ، انقضت عدتها بوضع جميع حملها . فلو فرض أنها كانت حاملًا باثنين ؛ فلا تنقضي عدتها بوضع أحدهما ، ولكن لا بد أن يكون الحمل ظاهرًا كل خلقه أو بعضه ؛ لأنه في هذه الحالة ولد .

١٦٩٧ - فإن لم يستبن من خلقه شيء ، بأن كان علقة أو مضغة ؛ فلا تنقضي به العدة ، وإنما كان كذلك لقوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (١) . سواء طال الزمن أو قصر ، ولا فرق في انقطاع العدة بوضع الحمل بين ما إذا كانت الفرقة بموت أو طلاق أو فسخ ، لعموم هذه الآية .

١٦٩٨ - أما بالنسبة للفرقة بغير الوفاة : فظاهر ؛ لأن براءة الرحم تحققت (٢). وأما بالنسبة بالوفاة : فلقول سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه : لو وضعت وزوجها على سريره ؛ لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج .

= ابن رزين . وجزم به في الوجيز . فائدة : لو ألقت مضغة لم تتبين فيها الخلقة ، فشهد ثقات من القوابل : أن فيها صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي : انقضت به العدة . جزم به في الكافي ، والمغني ، والشرح .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنها لو وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من خلق الإنسان : أنها لا تنقضي عدتها بها . وهو صحيح . وهو المذهب ، والمشهور عن الإمام أحمد ﷺ . وعليه الأصحاب . ونقل حنبل : تصير به أم ولد . فخرج القاضي وجماعة من ذلك انقضاء العدة به ، ورده المصنف . وأما إذا ألقت نطفة أو دمًا أو علقة : فإن العدة لا تنقضي به ، قولًا واحدًا عند أكثر الأصحاب .

وأجرى القاضي الخلاف في العلقة والمضغة التي لم يتبين أنها مبدأ خلق الإنسان قوله : (وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل ، وكذا المطلقة عقب العقد ونحوه : لم تنقض عدتها به) . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره . وعنه : تنقضي به العدة . وفيه بعد . وتابع أبا الخطاب على قول ذلك . وتابعه في المحرر وغيره أيضًا . وعنه : تنقضي به إذا كان من غير امرأة الطفل ، للحوقه باستلحاقه . قال الزركشي : وأظن هذا اختيار القاضي . وقال في المنتخب : إن أتت به امرأة بائن لأكثر من أربع سنين : انقضت عدتها ، كالملاعنة ، وقاله القاضي أيضًا ، وقال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب : فإن وضعت ولدًا بعد مدة أكثر الحمل : لم يلحق الزوج إذا كان الطلاق بائنًا . وهل تنقضي به العدة ؟ ، على وجهين . والمذهب : أن العدة لا تنقضي بذلك . قدمه في الرعايتين ، والحاوي ، والشرح ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخرقي . قال الزركشي : وهو المذهب بلا ريب » .

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) موطأ مالك (٥٨٩/٢) .

(مادة ٣١٧)

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ إِنْ كَانَتْ حَائِلًا وَاسْتَمَرَّ النِّكَاحُ صَحِيحًا إِلَى الْمَوْتِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً ، مُسْلِمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً تَحْتَ مُسْلِمٍ ، مَدْخُولًا بِهَا أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا (١) .

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما عدة الأشهر : فالكلام فيها في موضعين أيضًا : في بيان مقدارها وما تنقضي به ، وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء ، أما الأول فما وجب بدلًا عن الحيض ، وهو عدة الآيسة ، والصغيرة ، والبالغة التي لم تر الحيض أصلًا فثلاثة أشهر إن كانت حرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ؛ ولأن الأشهر في حق هؤلاء تدل على الأقراء ، والأصل مقدر بالثلاث كذا البدل ، سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أوبالوطء عن شبهة ؛ لما ذكرنا في عدة الأقراء . وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق ، أو بموت المولى عندنا خلافًا للشافعي ، وإن كانت أمة فشهر ، ونصف ؛ لأن حكم البدل حكم الأصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ؛ ولأن الرق متنصف ، والتكامل في عدة الأقراء ثبت لضرورة عدم التجزيء ، والشهر متجزئ ؛ فبقي الحكم فيه على الأصل ، ولهذا تتنصف عدتها في الوفاة ، وسواء كان زوجها حرًا أو عبدًا ؛ لما ذكرنا أن المعتبر في العدة جانب النساء ، وسواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبة أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الأقراء ، وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافًا للشافعي . وما وجب أصلًا بنفسه ، وهو عدة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشرًا ، وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة إن كانت حرة لقوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة ؛ لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يومًا نطفة ، ثم أربعين يومًا علقة ، ثم أربعين يومًا مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح في العشر ، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحبل إن كان بها حبل ، وإن كانت أمة فشهران ، وخمسة أيام ؛ لما بينا بالإجماع ؛ سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبة ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة ، والمسلمة ، والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العدتين الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة ، والأمة » .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة (٣٤٦/٤) : « (وبوفاة الزوج وهي) أي: والزوجة (حرة) حائل تعتد (بأشهر أربعة وعشرة) من الأيام بلياليها لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وهو محمول على الغالب من الحرائر الحائلات لما سيأتي ؛ سواء في ذلك الصغيرة والكبيرة والمدخول بها وذات الأقراء وغيرها والرجعية ؛ فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة كما مر ، وزوجة الصبي وغيره ؛ لإطلاق الآية . وتعتبر الأشهر بالأهلة ما أمكن ، فإن جهلت استهلال الأهلة لحبس ، أو غيره ؛ اعتدت بمائة وثلاثين يومًا أخذ بالأحوط وأفاد كلامه أن البائن لا تعتد عدة الوفاة وأن وفاة الواطئ بشبهة ، أو نكاح فاسد لا توجب عدة الوفاة على الموطوءة ، بل تعتد كما في حياته وإنما لم يعتبر في عدة الوفاة الوطء كما في عدة الحياة ؛ لأن فرقة الوفاة لا إساءة فيها من الزوج ، فأمرت بالتفجع عليه ، ولهذا وجب الإحداد =

وَعِدَّةُ الأَمَةِ : إِنْ بِالْحَيْضِ فَحَيْضَتَانِ ، وَإِنْ بِالأَشْهُرِ لِمَوْتٍ وَغَيْرِهِ فَعَلَى النِّصْفِ مِنَ الْحُرَّةِ ، وَلا فَرْقَ بَيْنَهُمَا فِي الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ (١) .

* * *

= كما سيأتي ؛ ولأنها قد تنكر الدخول حرصًا على النكاح ، ولا منازع بخلاف المطلقة ؛ ولأن مقصودها الأعظم حفظ حق الزوج دون معرفة البراءة ولهذا اعتبرت بالأشهر » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٤٤/٤) : « وإلا فأربعة أشهر وعشر أي : وإلا بأن كان نكاح المتوفى عنها صحيحًا أو ما في حكمه من مختلف فيه فعدتها في الوفاة أربعة أشهر وعشر كان الزوج حرًا أو عبدًا ، صغيرًا أو كبيرًا ، دخل بها أو لا ، صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو ذمية ؛ حسما للباب كما هو نص الآية . والمراد الليالي بأيامها وإنما أنث (عشرًا) إما ؛ لأن المراد عشر مدد كل مدة يوم وليلة ، أو تغليبًا لليالي على الأيام ؛ لسبقها عليها ، فلو تزوجت بعد عشر ليال فسخ على هذين القولين ، وإليه ذهب الشافعي ومالك والكوفيون . وجعلت العدة أربعة أشهر ؛ لأن بها يتحرك الحمل وزيدت العشر ؛ لأنه قد تنقص الأشهر أو تبطئ حركة الجنين ، وقيل : إنما أنث العشر ؛ لأن المراد الليالي دون الأيام فعليه لا يفسخ العقد عليها إذا وقع بعد أربعة أشهر وعشر ليال ، وإليه ذهب الأوزاعي من الفقهاء وأبو بكر الأسمر من المتكلمين ، وروي أن ابن عباس قرأ (أربعة أشهر وعشر ليال) .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٥٣٨/٥) : « المتوفى زوجها عنها بلا حمل فتعتد بأربعة أشهر وعشر ليال بعشرة أيام . وقال جماعة : وعشرة أيام ، وكذا نقل صالح وغيره . اليوم مقدم قبل الليلة ، لا يجزئها إلا أربعة أشهر وعشرة أيام ، والأمة بنصفها ، ومن نصفها حر بثلاثة أشهر وثمانية أيام . وإن مات زوج رجعية في عدة طلاق سقطت وابتدأت عدة وفاة من موته ، وعنه : أطولهما ، وإن مات بعدها أو بعد عدة بائن فلا عدة ، وعنه : تعتد لوفاة إن ورثت ، اختاره جماعة ، وإن مات في عدة بائن فعنه : تعتد لطلاق ، كالتي لا ترث ، وعنه : لوفاة ، وعنه : أطولهما ، وهو المذهب . وإن ارتابت متوفى عنها بأمارة حمل ، كحركة أو انتفاخ بطن أو رفع حيض ؛ فهي في عدة حتى تزول الريبة ، ولا يصح نكاحها قبل زوالها بعد شهور العدة ، في الأصح ، وإن ظهرت بعد الشهور قبل العقد وقيل : قبل الدخول فوجهان ، لكن إن ولدت بعده لدون نصف سنة تبينًا فساده » .

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٣١/٦) : « والمتوفى عنها زوجها إذا كانت أمة ، أو مكاتبة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ؛ فإن كانت حائلًا فعدتها شهران وخمسة أيام ؛ لأن الرق منصف للعدة كما بينا ، وإن كانت حاملًا ؛ فعدتها أن تضع حملها ؛ لأن مدة الحبل لا تحتمل التنصيف فإن شيئًا من المقصود وهو براءة الرحم لا يحصل قبل وضع الحمل » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٣١/٥ ، ٢٣٢) : « ذكر اللَّه ﷻ العدد من الطلاق بثلاثة قروء وثلاثة أشهر ، ومن الوفاة بأربعة أشهر وعشر . وذكر اللَّه الطلاق للرجال باثنتين وثلاثة ؛ فاحتمل أن يكون ذلك كله على الأحرار ، والحرائر ، والعبيد ، والإماء واحتمل أن يكون ذلك على بعضهم دون بعض وكان ﷺ قد فرق في حد الزاني بين المماليك والأحرار فقال : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ وقال في الإماء : ﴿ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ وقال في الشهادات ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ فلم يختلف من لقيت أنها على الأحرار دون العبيد وذكر المواريث فلم يختلف =

= أحد لقيته في أن المواريث للأحرار دون العبيد ، ورجم رسول الله ﷺ الثيب ، الحر ، الزاني ، ولم يختلف من لقيت أن لا رجم على عبد ثيب .

(قال الشافعي) فرض الله ﷻ العدة ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ، وفي الموت أربعة أشهر وعشرًا وسن رسول الله ﷺ أن تستبرأ الأمة بحيضة ففرق بين استبراء الأمة والحرة ، وكانت العدة في الحرائر استبراء وتعبدًا ، وكذلك الحيضة في الأمة استبراء وتعبد .

(قال الشافعي) فلم أعلم مخالفًا ممن حفظت عنه من أهل العلم في أن عدة الأمة نصف عدة الحرة فيما كان له نصف معدود ما لم تكن حاملًا فلم يجز ؛ إذ وجدنا ما وصفت من الدلائل على الفرق فيما ذكرنا وغيره بين عدة الأمة والحرة إلا أن تجعل عدة الأمة نصف عدة الحرة فيما له نصف وذلك الشهور . فأما الحيض فلا يعرف له نصف ، فتكون عدتها فيه أقرب الأشياء من النصف إذا لم يسقط من النصف شيء وذلك حيضتان ، ولو جعلناها حيضة أسقطنا نصف حيضة ولا يجوز أن يسقط عنها من العدة شيء فأما الحمل فلا نصف له . قد يكون يومًا من يوم وقع عليها الطلاق وسنة وأكثر كما لم يكن للقطع نصف فيقطع الحر والعبد والأمة والحرة ، وكان للزنا حدان : أحدهما : الجلد فكان له نصف فجعل عليها النصف ولم يكن للرجم نصف فلم يجعل عليها ولم يبطل عنها حد الزنا وحدت بأحد حديه على الأحرار . وبهذا مضت الآثار عمن روينا عنه من أصحاب رسول الله ﷺ .

(**قال الشافعي**) : **فإذا تزوجت الأمة الحر أو العبد فطلقها أو مات عنها فسواء والعدة بها ، تعتد إذا كانت ممن تحيض حيضتين إذا دخلت في الدم من الحيضة الثانية حلت ، وتعتد في الشهور** : خمسًا وأربعين إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر ، **وتعتد في الوفاة** : شهرين وخمس ليال ، **وفي الحمل** : أن تضع حملها متوفى عنها أو كانت مطلقة .

(قال) : ولزوجها في الطلاق إذا كانت يملك الرجعة عليها ما على الحرة في عدتها ، وكذلك عليه من نفقتها في العدة ما عليه من نفقة الحرة . ولا يسقط ذلك عنه إلا أن يخرجها سيدها فيمنعها العدة في منزله فتسقط النفقة عنه كما تسقط لو كانت له زوجة فأخرجها عنه إلى بلد غير بلده . وكذلك إن كانت مطلقة طلاقًا لا يملك الرجعة كانت عليه نفقتها حاملًا ما لم يخرجها سيدها من منزله ؛ لأن الله ﷻ يقول في المطلقات : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ولم نجد أثرًا لازمًا ولا إجماعًا بأن لا ينفق على الأمة الحامل ، ولو ذهبنا إلى أن نزعم أن النفقة على الحامل إنما هي للحمل ؛ كانت نفقة الحمل لا تبلغ بعض نفقة أمة ، وكما يكون لو كان مولودًا لم تبلغ نفقته بعض نفقة أمه ولكنه حكم الله تعالى علينا اتباعه تعبدًا ، وقد ذهب بعض الناس إلى أن جعل للمطلقة التي لا يملك زوجها رجعتها النفقة قياسًا على الحامل ، فقال : الحامل محبوسة بسببه ، وكذلك المعتدة بغير الحمل محبوسة بسببه عن الأزواج ، فذهبنا إلى أنه غلط ، وإنما أنفقنا على الحامل بحكم الله ﷻ لا بأنها محبوسة بسببه ، وقد تكون محبوسة بسببه بالموت ولا نفقة لها ، واستدللنا بالسنة : على أن لا نفقة للتي لا يملك زوجها رجعتها إذا لم تكن حاملًا .

(قال) : والأمة في النفقة بعد الفراق والسكنى ما كانت في العدة كالحرة إلا ما وصفت من أن يخرجها سيدها ، أخبرنا سفيان عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة =

= عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال : ينكح العبد امرأتين ، ويطلق تطليقتين ، وتعتد الأمة حيضتين ، فإن لم تكن تحيض فشهرين أو شهرًا ونصفًا قال سفيان - وكان ثقة - أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن عمرو بن أوس الثقفي عن رجل من ثقيف : أنه سمع عمر بن الخطاب ﷺ يقول : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا ، فقال رجل : فاجعلها شهرًا ونصفًا فسكت عمر .

(قال) : وإذا طلق الحر أو العبد الأمة طلاقًا يملك فيه الرجعة ؛ فعدتها عدة أمة . وإذا مضت عدتها ثم عتقت ؛ لم تعد لعدة ، ولم تزد على عدتها الأولى . وإن أعتقت قبل مضي العدة بساعة أو أقل ؛ أكملت عدة حرة ؛ لأن العتق وقع وهي في معاني الأزواج في عامة أمرها . فإن مات بعد الطلاق الذي يملك فيه الرجعة قبل العتق ، لم ترثه ، وكذلك لو ماتت لم يرثها . وإن مات أو ماتت وقد عتقت قبل مضي عدتها عدة الأمة وقبل مضي عدة الحرة ؛ توارثا ، ويقع عليها إيلاؤه وطلاقه وظهاره وما يقع بين الزوجين .

(قال) : وإذا كان طلاقه وإيلاؤه وظهاره يقع عليها إذا طلقت طلاقًا يملك فيه الرجعة إلى أن تنقضي عدتها فعتقت قبل أن تنقضي عدتها لم يجز والله تعالى أعلم ، إلا أن تعتد عدة حرة ويتوارثان قبل انقضاء عدتها التي لزمتها بالحرية ، ولو كانت الأمة عند عبد فطلقها طلاقًا يملك فيه الرجعة فلم تنقض عدتها حتى عتقت فاختارت فراقه ؛ كان ذلك لها ، وكان اختيارها فراقه فسخًا بغير طلاق ، وتكمل منه عدة حرة من الطلاق الأول ؛ لأنها صارت حرة قبل أن تنقضي عدتها من طلاق يملك فيه الرجعة ولا تستأنف عدة ؛ لأنه لو كان أحدث لها رجعة ثم طلقها ولم يصبها بنت على العدة الأولى ؛ لأنها مطلقة لم تمس فإنما عليها من العدة الأولى إكمال عدة حرة . ولو كان طلاق الأمة طلاقًا لا يملك فيه الرجعة ثم عتقت في العدة ؛ ففيها قولان ، **أحدهما** : أن تبني على العدة الأولى وأن لا خيار لها ؛ لأنها غير زوجة ولا تستأنف عدة لأنها ليست بزوجة ولا في معاني الأزواج لا يقع عليها طلاقه ولا إيلاؤه ، ولا ظهاره ، ولا يتوارثان لو كانا في تلك الحال حرين .

والقول الثاني : أن عليها أن تكمل عدة حرة ولا تكون حرة تكمل عدة أمة ومن ذهب إلى هذا ذهب إلى أن يقيسه على العدة في الطلاق الذي يملك فيه الرجعة . وقال : المرأة تعتد بالشهور ثم تحيض تستقبل الحيض ولا يجوز أن تكون في بعض عدتها ممن تحيض ، وهي تعتد بالشهور فيقول : وهكذا لا يجوز أن تكون في بعض عدتها حرة وهي تعتد عدة أمة . وقال في المسافر يصلي ركعة ثم ينوي المقام : يتم أربعًا ، ولا يجوز أن يكون في بعض صلاته مقيمًا يصلي صلاة مسافر ، وهذا أشبه القولين - والله تعالى أعلم - بالقياس . (قال) : والأمة من الأزواج فإذا اجتمعت عليها عدتان قضتهما كما تقضيهما الحرة وهي في النكاح الفاسد والإحداد كالحرة يثبت عليها ما يثبت على الحرة ويرد عنها ما يرد عنها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٤٥/٤) : « عدة الوفاة تتنصف بالرق كلًّا أو بعضًا ، فهي شهران وخمس ليال سواء كانت مدخولًا بها أم لا ، صغيرة أو كبيرة ، كان الزوج حرًّا أو عبدًا ، لكن إنما يكتفى بالشهرين وخمس ليال إن كانت غير مدخول بها أو صغيرة ، أو يائسة ، أو من ذوات الحيض وحاضت فيها فإن لم تحض فيها وهي مدخول بها أو من ذوات الحيض سواء تمت قبل زمن حيضتها أو لا ، فثلاثة أشهر على ما في كتاب محمد اللخمي وهو أحسنها ، ولابن القاسم في العتبية : تحل بمضي الشهرين وخمس ليال مطلقًا ، ولمالك إن كانت غير مبني بها اكتفت وإلا فثلاثة أشهر ولا تحل بدونها مطلقًا ، وهو مذهب الرسالة وهو =

۱٦۹۹ - فعلم من ذلك أن الفرقة إن كانت بالوفاة ، وكانت المرأة حاملًا ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، ولو قصر الزمن .

وأما إذا كانت غير حامل ، فلا تنقضي عدتها إلا بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) . ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت المرأة التي توفي عنها زوجها وهي غير حامل صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية متزوجة بمسلم ، ولا فرق أيضًا بين ما إذا كانت المرأة مدخولًا بها أو غير مدخول بها ، لأن العدة في هذه الحالة إنما هي لإظهار الحزن والأسف على وفاة الزوج .

ولذا يشترط أن يكون العقد صحيحًا ؛ فلو كان فاسدًا كانت العدة بالحيض ؛ لأنها لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح ، إذ هو غير شرعي ، والحيض هو المعرف .

۱۷۰۰ - وكل هذه الأحكام بالنسبة للمرأة الحرة ، فلو كانت رقيقة فإن كانت حاملًا ، فهي مثل الحرة في أنها لا تنقضي عدتها إلا بوضع جميع الحمل .

وإن كانت غير حامل ، فإن كانت من ذوات الحيض ، انقضت عدتها بحيضتين ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « **طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان** » (٢) ؛ ولأن الرق منصف ، والحيضة لا تتجزأ فكملت ، فصارت حيضتين ، وإليه أشار سيدنا عمر بقوله : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا (٣) .

۱۷۰۱ - وإن لم تكن من ذوات الحيض : تنقص عدتها بشهر ونصف في الفرقة بغير وفاة الزوج .

فإن كانت بها ؛ انقضت بشهرين وخمسة أيام ؛ لأن الزمن يتجزأ ، فأمكن تنصيفه .

= ضعيف ، وهذا كله إن لم ترتب ، فإن ارتابت معتادة الحيض بحس بطن ؛ فتمكث تسعة أشهر إنما رفعت الأمة لثلاثة أشهر ولو تمت عدتها قبل زمن حيضتها بخلاف الحرة لقصر أمد عدتها فلا يظهر الحمل فيها قاله بعض » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤١٥/٥) : « (وإن كانت) المتوفَّى عنها زوجها أمة ؛ فعدتها (نصفها) أي شهران وخمسة أيام بلياليها ؛ لأن الصحابة أجمعوا على أن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة ، قاله في المبدع ، وإن كان المتوفَّى عنها (حاملًا من غيره) أي من غير زوجها (اعتدت للزوج) عدة وفاة (بعد وضع الحمل) وتقدم (و) عدة (معتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة ويجبر بالكسر) فمن نصفها حر ونصفها رقيق تعتد ثلاثة أشهر وثمانية أيام بلياليها » .

(١) البقرة : ٢٣٤ . (٢) سبق تخريجه .

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٢٨٧٧) ، والأم (٢١٧/٥) .

١٧٠٢ - وكل هذه الأحكام إذا كانت الفرقة بعد الدخول . فلو حصلت قبله ، فإن كانت بوفاة الزوج ، فعليها العدة كما تقدم .

وإن كانت بغيرها ، فلا تجب عليها العدة ، إنما إذا كان العقد صحيحًا ، فلا يشترط في وجوب العدة الدخول الحقيقي ؛ بل الخلوة توجبها بخلاف ما إذا كان العقد فاسدًا ، فإنها لا تجب إلا بعد الدخول الحقيقي .

١٧٠٣ - وإنما لم تجب العدة على المطلقة قبل الدخول ؛ لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [1] ؛ ولأن حكمة العدة في هذه الحالة تعرف براءة الرحم ، وهو برء بيقين .

١٧٠٤ - **فيكون حاصل ما تقدم** : أن الفُرقة : إما أن تكون قبل الدخول، أو بعده . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون سبب الفرقة وفاة الزوج ، أو غيرها . وإن كانت الفرقة بعد الدخول : فإما أن تكون المرأة حاملًا ، أو غير حامل . وعلى كلٍّ : فإما أن تكون الفرقة بعد عقد زواج ، أو بعد وطء بشبهة . وإن كانت بعد عقد : فإما أن يكون عقد صحيحًا ، أو فاسدًا .

١٧٠٥ - فإن كانت الفرقة قبل الدخول ولو حكمًا ، وكانت بغير الوفاة ، فلا عدة على الزوجة .

١٧٠٦ - ومثله ما إذا كانت الفرقة بعد الخلوة ولو كانت صحيحة ، لكن العقد فاسد .

١٧٠٧ - وإذا كانت قبل الدخول ، ولكنها بوفاة الزوج ، وكان العقد صحيحًا ، وجبت العدة ، وهي هنا أربعة أشهر وعشرة أيام .

١٧٠٨ - فلو كان العقد فاسدًا ، فلا تجب .

١٧٠٩ - وإن كانت بعد الدخول ، وكانت المرأة حاملًا ؛ فالعدة تنقضي بوضع جميع الحمل ، سواء كان بعد عقد أو وطء بشبهة ، وسواء كان العقد صحيحًا أو غير صحيح ، وسواء كانت الفرقة بالوفاة أو بغيرها .

١٧١٠ - وإن كانت بعد الدخول والمرأة غير حامل ، وكانت الفرقة بغير الوفاة ، فإن كانت المرأة من ذوات الحيض ، تنقضي العدة بثلاث حيض كوامل .

١٧١١ - وإن لم تكن من ذوات الحيض ، انقضت عدتها بثلاثة أشهر .

١٧١٢ - وإن كانت بعد الدخول ، والفرقة بالوفاة ، والمرأة غير حامل ، تنقض

---

(١) الأحزاب : ٤٩ .

عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كان العقد صحيحًا . فلو كان فاسدًا ، فعدتها بالحيض .

١٧١٣ - وكل هذا إذا كانت المرأة حرة . أما لو كانت رقيقة ، فإن كانت حاملًا ، انقضت عدتها بوضع الحمل .

١٧١٤ - وإن كانت غير حامل ، فإن كانت من ذوات الحيض ، تنقضي عدتها بحيضتين .

١٧١٥ - وإن لم تكن من ذوات الحيض ؛ فعدتها بنصف الزمن الذي تنقضي فيه عدة الحرة .

١٧١٦ - ثم إن الفرقة إن كانت بالطلاق ، ولم يمت الزوج في أثناء العدة، بل بعد انقضائها ، فلا تنتقل المرأة إلى عدة الوفاة ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ؛ لأنه بانقضاء العدة انتهت الزوجية بجميع أحكامها ، فلا يجب عليها بموته شيء .

١٧١٧ - **وأما إذا مات الزوج في أثناء العدة ، ففيه تفصيل . وبيانه** : أن الطلاق : إما أن يكون رجعيًا ، أو بائنًا . وكل منهما : إما أن يكون وقوعه في حال الصحة ، أو في حال مرض الزوج مرض الموت . **فينتج أربع صور** :

١٧١٨ - **الصورة الأولى** : أن يكون الطلاق رجعيًا ، وهو في حال الصحة . وفي هذه الحالة إذا مات في أثناء العدة بأن توفي قبل أن تحيض ثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تكن كذلك ، انهدمت عدة الطلاق ، ولزمتها عدة الوفاة ؛ لأن الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي حتى تنقضي العدة . فإذا مات الزوج في أثنائها ؛ فهي زوجته ، فتكون داخلة في عموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) . فتعتد عدة الوفاة .

١٧١٩ - **الصورة الثانية** : أن يكون الطلاق رجعيًا أيضًا ، ولكنه في حال المرض ، ومات الزوج في أثناء العدة وهي في الحكم كالصورة الأولى كما ذكر (٢) .

---

(١) البقرة : ٢٣٤ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٣) : عدة المتوفَّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: عدة الوفاة لغير الحوامل : المادة (١٣٩) : النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل منهن إذا توفي أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بهن أم لا .

(مادة ٣١٨)

إِذَا مَاتَ مَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا ، وَكَانَ مَوْتُهُ فِي عِدَّتِهَا حَتَّى وَرِثَتْهُ ، تَنْتَقِلُ عِدَّتُهَا وَتَعْتَدُّ بِأَبْعَدِ الأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الطَّلَاقِ ، أَعْنِي : أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فِيهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ (١) .

* * *

١٧٢٠ - **الصورة الثالثة** : أن يكون الطلاق بائنًا ، وكان وقوعه في حال المرض مع وجود الشروط التي يعتبر بها الزوج هاربًا من إرثها ، بأن يكون بغير رضاها كما علم ذلك من الفصل الخامس في طلاق المريض ، ومات الزوج في أثناء عدتها حتى ورثته . وفي هذه الصورة تنتقل عدتها لا إلى عدة الوفاة ، بل تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فينظر إلى أطولهما وتعتد به . فإن كانت من ذوات الحيض ، فلا تنقضي عدتها إلا إذا حاضت ثلاث حيض في ظرف أربعة أشهر وعشرة أيام . فإن حصلت الحيض الثلاث في هذا الزمن ، فبها . وإن حصلت في أقل ؛ فلا بد من تكميله . وإن حصلت حيضتان فيه ؛ فلا بد من حيضة ثالثة بعده ؛ لأن العدة بالحيض في هذه الحالة أطول من عدة الوفاة ، وتاريخ العدة بالحيض يعتبر من وقت الطلاق .

١٧٢١ - وعلى هذا لو حاضت حيضتين قبل وفاته ، ولم تحض بعد وفاته إلا واحدة ، ومضت عدة الوفاة كفى . وهذا هو الظاهر ، ويعلم من قولهم : ومات في أثناء العدة . أنه لو مات في هذه الصورة بعد انقضائها ، بأن حاضت ثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض ، أو مضى عليها ثلاثة أشهر إن لم تكن كذلك من تاريخ الطلاق قبل وفاته ، فلا تنتقل إلى عدة أخرى ؛ لانقضاء العدة ، ولذا لا ترث في هذه الحالة .

١٧٢٢ - **الصورة الرابعة** : أن يكون الطلاق بائنًا ، وكان وقوعه في حال الصحة أو في حال المرض ، ويتبين أنه ليس هاربًا من إرثها ، بأن أُكره على الطلاق مثلًا ، ومات

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٥٣٠) : « إذا طلق امرأته ، ثم مات ، فإن كان الطلاق رجعيًا ، انتقلت عدتها إلى الوفاة سواء طلقها في حالة المرض أو الصحة وانهدمت عدة الطلاق ، وإن كان بائنًا أو ثلاثًا ، فإن لم ترث بأن طلقها في حالة الصحة لا تنتقل عدتها ، وإن ورثت بأن طلقها في حالة المرض ، ثم مات قبل أن تنقضي العدة فورثت اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام فيها ثلاث حيض حتى إنها لو لم توف المدة الأربعة الأشهر والعشر ثلاث حيض تكمل بعد ذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا في البدائع » . وانظر تعليقنا على المادة السابقة .

في أثناء العدة . وفي هذه الصورة لا تنهدم العدة التي وجبت بعد الطلاق ، بل تتمها على حسب حالها وتنتهي [١] .

(مادة ٣١٩)

مَنْ تَزَوَّجَ مُعْتَدَّتَهُ مِنْ طَلاقٍ بَائِنٍ غَيْرِ ثَلاثٍ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، وَجَبَ عَلَيْهِ لَهَا مَهْرٌ كَامِلٌ ، وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا [٢] .

* * *

١٧٢٣ - وكل هذه الأحكام خاصة بوفاة الزوج بعد الطلاق . أما إذا بقي الزوج حيًا : فإما أن يعيدها إليه وهي في العدة ، أو لا . فإن لم يعدها إليه ، فلا كلام لنا لا في عدة جديدة ، ولا في مهر جديد . وأما إذا أعادها إليه في العدة : فإما أن يكون الطلاق رجعيًا ، أو بائنًا . وعلى كُلٍّ : فإما أن يفارقها بعد الدخول ، أو قبله . فينتج من هذا صور أربع :

الأولى : أن يعيدها في الطلاق الرجعي ، ثم يفارقها بعد أن يدخل بها . وفي هذه الحالة تجب عليها عدة مبتدأة بلا خلاف ؛ لحصول الدخول بعد الرجعة ، وليس هناك مهر في هذه الحالة حتى يقال : يجب أو لا ؛ لأن عودها إليه في هذه الصورة يكون بالرجعة ، وهي لا يشترط فيها عقد ولا مهر جديدان ، بل الذي يلزمه هو مهر العقد الأول الذي كان قبل الطلاق الرجعي .

١٧٢٤ - **الصورة الثانية** : أن يعيدها إليه في الطلاق الرجعي، ثم يفارقها قبل أن يدخل بها . وهذه أيضًا لا كلام فيها بالنسبة للمهر، لما تقدم في الصورة الأولى .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : ٢ - إذا توفي وهي في عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (٣/٣٨٣ ، ٣٨٤) : « من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول ؛ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى ، فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة ، خلافًا لمحمد في إيجابه نصف المهر ، وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر ، فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعًا فلا يجب بالوطء شيء ، فإذا تزوجها ثالثًا لا يصح النكاح ؛ لأنه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح . وعلى قول محمد بالتزوج الأول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزوج ، والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضًا مهر ونصف ، وكذا بالتزوج الثالث » .

١٧٢٥ - **الصورة الثالثة** : أن يعيدها بعد الطلاق البائن ، وهي في العدة ، ويدخل بها ، ثم يفارقها . وفي هذه الحالة يلزمه كل المهر ، وعليها عدة مبتدأة بلا خلاف ؛ لأن الطلاق متى كان بائنًا ، فلا تجوز إعادتها إليه إلا بعقد ومهر جديدين . فإذا دخل بها ، فقد تأكد هذا المهر ؛ فيجب بالفرقة . وبما أنه حصل دخول ، فتلزمها عدة مبتدأة من وقت الفرقة الثانية .

١٧٢٦ - **الصورة الرابعة** : أن يكون الطلاق بائنًا ، ويعيدها إليه وهي في العدة ، ثم يفارقها قبل أن يدخل بها . وهذه مسألة خلافية ؛ لأن الإمام الأعظم وأبا يوسف يقولان : تجب عليها عدة مبتدأة ، ويجب عليه المهر الذي سماه في العقد الثاني كاملًا . وقال محمد : عليه نصف المهر ، وعليها إتمام العدة الأولى .

واستدل : بأن هذا طلاق قبل المسيس والخلوة ، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما وجب الطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني ؛ لعدم اختلاط الأنساب . فإذا طلقها ثانيًا بلا دخول ، صار النكاح الثاني كالمعدوم ؛ فيجب عليها كمال العدة الأولى .

واستدل الشيخان : بأنها مقبوضة في يده حقيقة بالدخول الأول ، وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ، ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح . وقال زفر : لا عدة عليها أصلًا ؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والثانية لم تجب ؛ لأنه طلاق قبل الدخول .

والظاهر مذهب محمد ، وإن كان المشهور مذهب الشيخين .

وقد بين العلماء فساد مذهب زفر ؛ لأنه يترتب عليه ما يترتب ، وأنت خبير بأن الطلاق البائن هنا هو ما كان بائنًا بينونة صغرى ؛ إذ لو كانت كبرى لم يجز إرجاعها إليه إلا بعد تزوجها بغيره [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٥) : تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : مبدأ العدة : المادة (١٤١) : مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة وقوع الطلاق أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال .

(مادة ٣٢٠)

مَبْدَأُ الْعِدَّةِ : بَعْدَ الطَّلاقِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَبَعْدَ تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ أَوِ الْمُتَارَكَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، وَبَعْدَ الْمَوْتِ فَوْرًا .

وَتَنْقَضِي الْعِدَّةُ وَلَوْ لَمْ تَعْلَمِ الْمَرْأَةُ بِالطَّلاقِ أَوِ الْمَوْتِ ، حَتَّى لَوْ بَلَغَهَا الطَّلاقُ أَوْ مَوْتُ زَوْجِهَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْعِدَّتَيْنِ ، فَقَدْ حَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ .

وَلَوْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِطَلاقِهَا مُنْذُ زَمَانٍ مَاضٍ ، وَلَمْ تُقِمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةً ؛ فَالْعِدَّةُ تُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ لا مِنَ الْوَقْتِ الْمُسْنَدِ إِلَيْهِ .

وَلِلْمَرْأَةِ النَّفَقَةُ إِنْ أَكْذَبَتْهُ ، وَلا نَفَقَةَ لَهَا إِنْ صَدَّقَتْهُ وَكَانَ الزَّمَنُ الْمُسْنَدُ إِلَيْهِ الطَّلاقُ قَدِ اسْتَغْرَقَ مُدَّةَ الْعِدَّةِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَغْرِقْ تَجِبُ لِمَا بَقِيَ .

* * *

١٧٢٧ – وبما أن سبب العدة هو الطلاق أو المتاركة أو الوفاة ؛ فيكون ابتداؤها عقب ذلك ؛ لأن المسبب يعقب السبب ، وحينئذٍ يكون مبدأ العدة عقب الطلاق إذا كان العقد صحيحًا ، وعقب المتاركة أو تفريق القاضي إذا كان فاسدًا ، وعقب الوفاة سواء كان العقد صحيحًا أو فاسدًا .

١٧٢٨ – **وينبني على ذلك** : أن العدة تنقضي وإن لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة ، لما ذكر ؛ ولأنها أجَل ، فلا يشترط العلم بمضيه .

١٧٢٩ – وأن المرأة إذا ادعت الطلاق على الزوج في وقت معلوم وأنكره فأقامت بينة على صحة دعواها ، وحكم القاضي به ، اعتبر مبدأ العدة من الوقت المسند إليه الطلاق لا من وقت الحكم به . فلو فرض أن المدة الفاصلة بين الوقتين كافية للعدة ، فقد انقضت ، فيجوز لها التزوج بغيره في يوم الحكم بطلاقها . ولو كانت هذه المدة غير كافية ، احتسبت من العدة ، ويلزم المرأة تكميلها ، وأن الزوج إذا كان غائبًا وتوفي وحضر من كان معه وشهدوا بوفاته في يوم معلوم ، وحكم القاضي بالوفاة ، انقضت العدة إن كان الزمن الذي بين الوفاة ويوم الحكم به كافيًا ، وإلا كملته وبعده تحل للأزواج . وهذا باتفاق .

وكل هذا إذا كان الطلاق ثابتًا بغير إقراره ، بأن شهدت به البينة وهو منكر له .

١٧٣٠ – أما إذا ثبت بإقراره ، بأن أخبر في وقت بأنه طلقها منذ زمان مضى ، ولم

تقم عليه بينة . فقد اختلفت عبارة الفقهاء ، **فقال بعضهم** : تبتدئ العدة من وقت الإقرار لا من الوقت المسند إليه الطلاق ، سواء صدقته المرأة أو كذبته أو قالت : لا أدري . زَجْرًا له بكتمانه طلاقها ونفيًا للتهمة .

١٧٣١ - **وينبني على ذلك** : أنه لا يجوز له أن يتزوج بأختها مثلًا ما دامت في العدة بعد الإقرار ، ولا يجوز له أن يتزوج بأربع سواها ما دامت في هذه العدة ، ولو كان مريضًا مرض الموت ؛ فلا يصح إقراره لها بدين ، ولا أن يوصي لها ، لجواز أنهما اتفقا على الإقرار بالطلاق في وقت ماض ليصح ذلك .

١٧٣٢ - **وقال بعضهم** : تبتدئ العدة من الوقت المسند إليه الطلاق لا من وقت الإقرار ؛ لأن الطلاق سبب في وجود العدة ، وقد وجد فتبتدئ . **ولكن قال بعضهم** : إن هذا ليس اختلافًا في الحقيقة ، بل يحمل كل قول على محمل خاص ، فيحمل الأول على ما إذا كانا مجتمعين ؛ لأن الكذب في كلامه إن لم تصدقه أو في كلامها إن صدقته ظاهر فلا يصدقان في الإسناد ، ويحمل الثاني على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه . وهذا كلام في غاية الحسن ، فينبغي التحري عن محال التهمة وعن الناس الذين هم مظانها ، ويحكم في كل شيء بما يناسبه .

١٧٣٣ - وكل هذا بالنسبة للزمن الذي تبتدئ فيه العدة . أما بالنسبة لنفقة الزوجة في العدة التي تبتدئ من وقت الإقرار عند القائل به ، **فلا يخلو الحال من أحد أمرين** ، **الأول** : أن تصدقه المرأة في هذا الإخبار . **الثاني** : أن تكذبه . وعلى كلٍّ فإما أن يكون الزمن الفاصل بين الوقت المسند إليه الطلاق والإخبار به كافيًا لانقضاء العدة ، أو لا . **فينتج أربع صور** : **الأولى** : أن تصدقه ، وهذا الزمن كافٍ لانقضاء العدة . وفي هذه لا نفقة لها بأنواعها الثلاثة ؛ لإقرارها بذلك فيسري عليها خاصة .

١٧٣٤ - **الثانية** : أن تصدقه ، وهذا الزمن غير كافٍ . وفي هذه تجب لها النفقة في الزمن الكافي لتمام العدة من الوقت المسند إليه الطلاق .

١٧٣٥ - **الثالثة** : أن تكذبه في هذا الإخبار ، والزمن كافٍ . وهذه تجب لها النفقة بجميع أنواعها في العدة التي ابتدأت من وقت الإخبار ؛ لأنها لم تقر بسقوط حقها فيها .

١٧٣٦ - **الرابعة** : أن تكذبه ، والزمن غير كافٍ . وهي كالثالثة في الحكم .

(مادة ٣٢١)

تَعْتَدُّ مُعْتَدَّةُ الطَّلاقِ وَالْمَوْتِ في الْبَيْتِ الْمُضَافِ إِلَى الزَّوْجَيْنِ بِالسُّكْنَى قَبْلَ الْفُرْقَةِ . وَإِنْ طَلُقَتْ أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ فِي غَيْرِ مَسْكَنِهَا ، عَادَتْ إِلَيْهِ فَوْرًا .

وَلَا تَخْرُجَانِ مِنْهُ إِلا أَنْ يَصِيرَ إِخْرَاجُهُمَا ، أَوْ يَنْهَدِمُ ، أَوْ يُخْشَى انْهِدَامُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَالُ الْمَرْأَةِ ، أَوْ لا تَجِدُ كِرَاءَ الْمَسْكَنِ . فَتَنْتَقِلُ مُعْتَدَّةُ الْوَفَاةِ لأَقْرَبِ مَوْضِعٍ مِنْهُ ، وَمُعْتَدَّةُ الطَّلاقِ إِلَى حَيْثُ يَشَاءُ الزَّوْجُ ، وَلا تَخْرُجُ مُعْتَدَّةُ الطَّلاقِ رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا مِنْ بَيْتِهَا إِلا لِضَرُورَةٍ .

وَلِمُعْتَدَّةِ الْوَفَاةِ الْخُرُوجُ لِقَضَاءِ مَصَالِحِهَا ، وَلا تَبِيتُ خَارِجَ بَيْتِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٠٩/٣) : « ومنها : وجوب الإحداد على المعتدة والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع : **أحدها** : في تفسير الإحداد ، **والثاني** : في بيان أن الإحداد واجب في الجملة أولًا ، **والثالث** : في بيان شرائط وجوبه : **أما الأول** : فالإحداد في اللغة : عبارة عن الامتناع من الزينة ، يقال : أحدت على زوجها وحدت أي امتنعت من الزينة وهو أن تجتنب الطيب ، ولبس المطيب ، والمعصفر ، والمزعفر ، وتجتنب الدهن والكحل ، ولا تختضب ، ولا تمتشط ، ولا تلبس حليًا ، ولا تتشوف . أما الطيب فلما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء . وقال ﷺ : « الحناء طيب » فيدل على وجوب اجتناب الطيب ، ولأن الطيب فوق الحناء ، فالنهي عن الحناء يكون نهيًا عن الطيب دلالة ، كالنهي عن التأفيف نهي عن الضرب والقتل دلالة ، وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب ، وأما الدهن : فلما فيه من زينة الشعر ، وفي الكحل زينة العين ، ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار ، فأما في حال الضرورة فلا بأس به بأن اشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل ، أو اشتكت رأسها فلا بأس أن تصب فيه الدهن ، أو لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه لكن لا تقصد به الزينة ؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة . وقال أبو يوسف : لا بأس أن تلبس القصب والخز الأحمر وذكر في الأصل وقال : ولا تلبس قصبًا ولا خزًا تتزين به ؛ لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد ، فإن قصد به الزينة لم يجز وإن لم يقصد به جاز .

وأما الثاني : وهو بيان أنه واجب أم لا فنقول لا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد . وقال نفاة القياس : لا إحداد عليها ، وهم محجوجون بالأحاديث وإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، **أما الأحاديث** : فمنها ما روي أن أم حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت بطيب . وقالت : ما لي إلى الطيب من حاجة ، لكن سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرًا » ، وروي أن امرأة مات زوجها فجاءت إلى رسول الله ﷺ تستأذنه في الانتقال ، فقال رسول الله ﷺ : « إن إحداكن كانت تمكث في شر أحلاسها إلى الحول ثم تخرج فتلقي البعرة أفلا أربعة أشهر وعشرًا ؟ » . فدل الحديث أن عدتهن من قبل نزول هذه الآية كانت حولًا ، وأنهن كن في شر أحلاسهن مدة الحول ، ثم انتسخ ما زاد على هذه المدة وبقي الحكم فيما بقي =

= على ما كان قبل النسخ ، وهو أن تمكث المعتدة هذه المدة في شر أحلاسها ، وهذا تفسير الحداد .
وأما الإجماع : فإنه روي عن جماعة من الصحابة ﷺ منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم ﷺ مثل قولنا وهو قول السلف . واختلف في المطلقة ثلاثًا أو بائنًا ، قال أصحابنا : يلزمها الحداد . وقال الشافعي : لا يلزمها الحداد . وجه قوله : أن الحداد في المنصوص عليه إنما وجب لحق الزوج تأسفا على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة ؛ لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ، ولنا : أن الحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة ، وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهارًا للمصيبة والحزن ، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الإحداد ، وقوله : الإحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم ؛ لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب .
وأما الثالث في شرائط وجوبه : فهي أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثًا أو بائنًا ، فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقًا رجعيًا ، وهذا عندنا . وقال الشافعي : يجب على الصغيرة والكتابية ؛ وجه قوله : أن الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها ، ولنا : أن الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فإنها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالإسلام والكفر والصغر والكبر ، على أن بعض أصحابنا قالوا : لا تجب عليهما العدة وإنما يجب علينا أن لا نتزوجهما ولا إحداد على أم الولد إذا أعتقها مولاها أو مات عنها ؛ لأنها تعتد من الوطء كالمنكوحة نكاحًا فاسدًا ولا إحداد على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا إحداد على المطلقة طلاقًا رجعيًا ؛ لأنه يجب إظهارًا للمصيبة على فوت نعمة النكاح ، والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تتزين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا إحداد في النكاح الفاسد ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين ؛ لأنه معصية ومن المحال إيجاب إظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب إظهار السرور والفرح على فواتها . وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الإحداد ؛ فيجب على الأمة والمدبرة وأم الولد إذا كان لها زوج فمات عنها أو طلقها والمكاتبة والمستسعاة ؛ لأن ما وجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الأمة فيه كالحرة » .
قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٩٩/٥ ، ١٠٠) : « (ويجب الإحداد) الآتي بيانه (على معتدة وفاة) لخبر الصحيحين : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » قال الرافعي : قال الأئمة قوله : « إلا على زوج » مستثنى من قوله « لا يحل » ، وظاهره لا يقتضي إلا الجواز ؛ لكن أجمعوا على أنه أراد الوجوب ، وأنه استثنى الواجب من الحرام ا هـ . ونقض دعوى الإجماع بأن في الشامل عن الحسن البصري أنه مستحب لا واجب .
تنبيه : التقييد بإيمان المرأة جرى على الغالب ؛ لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد ، وكذا الأربعة أشهر وعشرًا ، فإن ذلك في الحائل ، وأما الحامل : فتحد مدة بقاء حملها كما قاله شيخنا في حاشيته على البخاري ، =

= وعلى ولي الصغيرة والمجنونة منعهما مما يمنع منه غيرهما ، وقول المصنف : على معتدة وفاة ، قال الزركشي : أحسن من قول غيره : المتوفى عنها ، لشموله فرعًا حسنًا ، وهو ما لو مات عنها وهي حامل بشبهة ، وقلنا : إنها تعتد عنه ثم تنتقل للوفاة لا يجب الإحداد في مدة الحمل ، وتعبير المصنف يومئ إليه (لا) زوجة معتدة (رجعية) فلا يجب عليها الإحداد قطعًا لبقاء أكثر أحكام النكاح فيها ، ويسن لها الإحداد كما جرى عليه ابن المقري ، ونقله الرافعي عن أبي ثور عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ، ثم نقل عن بعض الأصحاب ﷺ أجمعين أن الأولى لها أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها ، وضعف هذا باحتمال أن يظن أنها فعلت ذلك إظهارًا للفرح بفراقه وعلى تقدير صحته فينبغي تخصيصه بمن ترجو عوده (ويستحب) الإحداد (لبائن) بخلع أو غيره ؛ لئلا تدعو الزينة إلى الفساد (وفي قول) قديم وأشار إليه في الأم أيضًا (يجب) الإحداد كالمتوفى عنها زوجها بجامع الاعتداد عن نكاح ، ودفع هذا بأنها إن فورقت بطلاق فهي مجفوة به ، أو بفسخ فالفسخ منها ، أو لمعنى فيها فلا يليق بها فيهما إيجاب الإحداد ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ، وخرج بالزوجة الموطوءة بشبهة ، وبنكاح فاسد وأم الولد ، والمفسوخ نكاحها بعيب ونحوه فلا يسن لهن الإحداد كما مر (وهو) أي الإحداد بحاء مهملة من أحَدَّ ، ويقال فيه : الحداد من حَدَّ ، لغةً : المنع ؛ لأن المحدة تمنع نفسها مما سيأتي ، وقيل بالجيم من جددت الشيء قطعته ، فكأنها انقطعت عن الزينة ، وشرعًا : (ترك لبس مصبوغ لزينة) لحديث أبي داود بإسناد حسن « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ، ولا الممشقة ، ولا الحلي ، ولا تختضب ، ولا تكتحل » .

تنبيه : قوله : « لزينة » متعلق بمصبوغ ؛ أي إن كان المصبوغ مما يقصد للزينة كالأحمر والأصفر ، وكذا الأخضر والأزرق الصافيين ، وفي الحديث تنبيه عليه حيث ذكر المعصفر والممشقة ، وهي المصبوغة بالمشق ، وهي بكسر الميم المغرة بفتحها ، ويقال : طين أحمر يشبهها ، ولو أراد مطلق الصبغ لم يكن للتقييد بهذين النوعين فائدة ، ونعته بقوله (وإن خشن) أي المصبوغ على أن فيه خلافًا ، والمشهور عدم الجواز (وقيل : يحل ما صبغ غزله ثم نسج) كالبرود لخبر « لا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب » وهو بفتح العين وإسكان الصاد المهملتين ضرب من برود اليمن يعصب غزله أي يجمع ، ثم يشد ، ثم يصبغ معصوبًا ، ثم ينسج ، ورد هذا بأنه معارض برواية « ولا ثوب عصب » وفي رواية لأبي داود مكان « إلا ثوب عصب » ، « إلا مغسولا » فتعارضت الروايات ، أو يؤول بالصبغ الذي لا يحرم كالأسود ؛ لأن الذي يصبغ قبل النسج أحسن من الذي يصبغ بعده غالبًا ؛ لأن الغالب أنه لا يصبغ قبل النسج إلا الرفيع (ويباح غير مصبوغ من قطن وصوف وكتان) وإن اختلف لونه الخلقي وكان نفيسًا ؛ لأن تقييده ﷺ الثوب بالمصبوغ يفهم أن غير المصبوغ مباح ؛ ولأن نفاستها من أصل الخلقة لا من زينة دخلت عليها كالمرأة الحسناء لا يلزمها أن تغير لونها بسواد ونحوه (وكذا) يباح لها (إبريسم) أي حرير لم يصبغ (في الأصح) إذا لم يحدث فيه زينة كالكتان والثاني يحرم ؛ لأن لبسه تزيين ، ولها لبس الخز قطعًا لاستتار الإبريسم فيه بالصوف ونحوه (و) يباح (مصبوغ لا يقصد لزينة) كالأسود ، وكذا الأزرق والأخضر المشبعان المكدران ؛ لأن ذلك يقصد للزينة ، بل لنحو حمل وسخ أو مصيبة .

تنبيه : حاصل ذلك أن ما صبغ لزينة يحرم ، وما صبغ لا لزينة كالأسود لم يحرم ؛ لانتفاء الزينة عنه ، فإن تردد بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق ، فإن كان براقًا صافي اللون حرم ؛ لأنه مستحسن يتزين به ، أو كدرًا أو =

= مشبعًا ، أو أكهب بأن يضرب إلى الغبرة فلا ؛ لأن المشبع من الأخضر والأزرق يقارب الأسود ، ومن الأزرق يقارب الكحلي ، ومن الأكهب يقاربهما (ويحرم) عليها الطراز على الثوب إن كبر وأما إن صغر ؛ فإن ركب على الثوب فكذلك ، وإن نسج مع الثوب فلا كما جزم به في الأنوار ، ويحرم عليها (حلي ذهب وفضة) سواء أكان كبيرًا كالخلخال والسوار أو صغيرًا كالخاتم والقرط ؛ لما روى أبو داود والنسائي بإسناد حسن أن النبي ﷺ قال : « المتوفى عنها زوجها لا تلبس الحلي ولا تكتحل ولا تختضب » والحَلْي بفتح الحاء وإسكان اللام جمعه حُلِي بضم الحاء وكسر اللام ، ومراد المصنف المفرد ، وإنما حرم ذلك لأنه يزيد في حسنها كما قيل : وما الحلي إلا زينة لنقيصة يتمم من حسن إذا الحسن قصرا ، فأما إذا كان الجمال موفرًا كحسنك لم يحتج إلى أن يزورا .
تنبيه : أطلق المصنف تحريم الحلي من غير فرق بين ليل ونهار ، والذي في الشروح والروضة أنه يجوز لها لبسه ليلًا لحاجة كالإحراز له بلا كراهة من غير حاجة فإن قيل : ليس المصبوغ يحرم ليلًا ، فهلا كان هناك كذلك ؟ أجيب : بأن ذلك يحرك الشهوة بخلاف الحلي ، وأما لبسه نهارًا . فحرام إلا إن تعين طريقًا لإحرازه فيجوز للضرورة كما قاله الأذرعي ، والتقييد بالذهب والفضة يفهم جواز التحلي بغيرهما كنحاس ورصاص ، وهو كذلك إلا إن تعود قومها التحلي بهما ، أو أشبها الذهب والفضة بحيث لا يعرفان إلا بتأمل أو موهًا بهما فإنهما يحرمان . قال الأذرعي : والتمويه بغير الذهب والفضة أي مما يحرم تزينها به كالتمويه بهما ، وإنما اقتصروا على ذكرهما اعتبارًا بالغالب (وكذا لؤلؤ) يحرم عليها التزين به (في الأصح) لأن الزينة فيه ظاهرة قال تعالى : ﴿ يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا ﴾ وتردد فيه الإمام ؛ لأنه يباح للرجل ، فمقابل الأصح احتمال للإمام لا وجه للأصحاب (و) يحرم عليها (طيب في بدن وثوب) لخبر الصحيحين عن أم عطية « كنا ننهى أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، وأن نكتحل ، وأن نتطيب ، وأن نلبس ثوبًا مصبوغًا » (و) يحرم أيضًا استعمالها الطيب (في طعام وكحل) غير محرم قياسًا على البدن ، وضابط الطيب المحرم عليها : كل ما حرم على المحرم ، وتفصيل ذلك سبق في كتاب الحج ، لكن يلزمها إزالة الطيب الكائن معها حال الشروع في العدة ، ولا فدية عليها في استعماله بخلاف المحرم في ذلك ، واستثنى استعمالها عند الطهر من الحيض ، وكذا من النفاس كما قاله الأذرعي وغيره قليلًا من قسط أو أظفار ، وهما نوعان من البخور كما ورد به الخبر في مسلم ، ولو احتاجت إلى تطيب جاز كما قاله الإمام قياسًا على الاكتحال كما سيأتي (و) يحرم عليها دهن شعور رأسها ولحيتها إن كان لها لحية ؛ لما فيه من الزينة بخلاف دهن سائر البدن و (اكتحال بإثمد) وإن لم يكن فيه طيب ، وهو بكسر الهمزة والميم : حجر يتخذ منه الكحل الأسود ، ويسمى بالأصبهاني ، وإنما حرم ذلك لحديث أم عطية المار ؛ لأن فيه جمالًا وزينة للعين ، سواء في ذلك البيضاء والسوداء ، وقيل : يجوز للسوداء .
تنبيه : أفهم كلامه جواز الكحل الأبيض كالتوتيا ، وهو كذلك ؛ إذ لا زينة فيه لكنه يوهم جواز الأصفر وهو الصبغ بفتح الصاد وكسرها مع إسكان الباء وبفتح الصاد وكسر الباء ، وهو محرم على السوداء وكذا على البيضاء على الأصح ؛ لأنه يحسن العين (إلا) اكتحال بإثمد أو صبر (لحاجة كرمد) فيجوز لها للضرورة لحديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها : أن النبي ﷺ دخل عليها وهي حادة على أبي سلمة وقد جعلت على عينها صبرًا ، فقال : « ما هذا يا أم سلمة » ، فقالت : هو صبر لا طيب فيه ، فقال: « إنه يشب الوجه أي : =

= يوقده ويحسنه فلا تجعليه إلا ليلًا وامسحيه نهارًا » وحملوه على أنها كانت محتاجة إليه ليلًا فأذن لها فيه ليلًا بيانًا للجواز عند الحاجة مع أن الأولى تركه ، وأما خبر مسلم : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها ، قال : « لا » مرتين أو ثلاثًا كل ذلك يقول : « لا » فحمل على أنه نهي تنزيه أو أنه ﷺ لم يتحقق الخوف على عينها ، أو أنه يحصل لها البرء بدونه ، لكن في رواية زادها عبد الحق « إني أخشى أن تنفقئ عينها ، قال : لا وإن انفقأت » . وأجيب عنها : بأن المراد وإن انفقأت عينها في زعمك لأني أعلم أنها لا تنفقئ ، وإذ قد علمت ذلك فإطلاق المصنف الجواز عند الحاجة ليس بجيد ، فإن القائل به خصه بالليل دون النهار ، كما دل عليه الحديث ، وصرح به الشافعي رضي الله تعالى عنه في الأم ، كما نقله الأذرعي وغيره نعم إن احتاجت إليه نهارًا أيضًا جاز ، ويمكن حمل إطلاق المصنف الجواز على ذلك (و) يحرم عليها (إسفيذاج) لأنه يزين به الوجه ، وهو بفاء وذال معجمة ما يتخذ من رصاص يطلى به الوجه ليبيضه . قال بعضهم : وهو لفظ مولد (و) يحرم عليها (دمام) لأنه يزين به الوجه أيضًا ، وهو بضم الدال المهملة وكسرها كما في الدقائق ، وضبطه في الروضة بخطه بالضم فقط المسمى بالحمرة التي يورد بها الخد ، ويحرم أيضًا طلي الوجه بالصبر ؛ لأنه يصفر الوجه فهو كالخضاب (و) يحرم (خضاب حناء) وهو مذكر ممدود مهموز ، واحده حناة (ونحوه) أي الحناء كزعفران ، وورس أي الخضاب بذلك لما في ذلك من الزينة .

تنبيه : أشعر كلامه بحرمة ذلك في جميع البدن ، وبه صرح ابن يونس ، لكن الذي في الروضة كأصلها عن الروياني وأقراه أن حرمته تكون فيما يظهر كالوجه واليدين والرجلين ، لا فيما تحت الثياب ؛ لأنه ﷺ أذن لأم سلمة في الصبر ليلًا ؛ لخفائه على الأبصار ، فكذا ما أخفاه ثيابها ، قال الرافعي : والغالية وإن ذهب ريحها كالخضاب ، ويحرم تطريف أصابعها ، وتصفيف شعر طرتها ، وتجعيد شعر صدغيها ، وحشو حاجبيها بالكحل وتدقيقه بالحف (ويحل) لها (تجميل فراش) وهو ما ترقد أو تقعد عليه من نطع ومرتبة ووسادة ونحوها (و) تجميل (أثاث) وهو بفتح الهمزة ، وبمثلثتين : متاع البيت ؛ لأن الإحداد في البدن لا في الفراش ونحوه ، وأما الغطاء فالأشبه كما قال ابن الرفعة : أنه كالثياب ليلًا نهارًا وإن خصه الزركشي بالنهار (و) يحل لها (تنظيف بغسل نحو رأس وقلم) لأظفار ، واستحداد ، ونتف شعر إبط (وإزالة وسخ) ولو طاهرًا ؛ لأن جميع ذلك ليس من الزينة : أي الداعية إلى الوطء فلا ينافي اسمها على ذلك في صلاة الجمعة ونحوها . وأما إزالة الشعر المتضمن زينة : كأخذ ما حول الحاجبين وأعلى الجبهة ؛ فتمتنع منه ، كما بحثه بعض المتأخرين ، بل صرح الماوردي بامتناع ذلك في حق غير المعتدة . وأما إزالة شعر لحية أو شارب ينبت لها : فتسن إزالته كما قاله المصنف في شرح مسلم ، ومر ذلك في شروط الصلاة خلافًا لابن جرير في قوله بالحرمة (قلت : ويحل) لها (امتشاط) بلا ترجل بدهن ونحوه ، ويجوز بسدر ونحوه للنص فيه في سنن أبي داود ، وحمل حديث « ولا تمشط » على تمشط بطيب ونحوه (و) يحل لها (حمام) بناء على ما رجحه المصنف من جواز دخولها له بلا ضرورة ، وسيأتي الكلام على ذلك في باب النفقات إن شاء الله تعالى ، ثم قيد الجواز بقيد حسن محذوف في الروضة ، وهو قول (إن لم يكن) فيه (خروج محرم) فإن كان لم يحل (ولو تركت) المحدة المكلفة (الإحداد) الواجب عليها كل المدة أو بعضها (عصت) إن =

= علمت حرمة الترك كما قاله ابن المقري كتركها الواجب ، وأما الصغيرة أو المجنونة : فيعصي وليها إن لم يمنعها (وانقضت العدة) مع العصيان ، وهذا (كما لو فارقت المعتدة) المحدة أو غيرها بلا عذر (المسكن) الذي يجب عليها ملازمته بلا عذر كما سيأتي فإنها تعصي وتنقضي عدتها بمضي المدة ؛ إذ العبرة في انقضائها بانقضاء العدة (ولو بلغتها الوفاة) أي موت زوجها أو طلاقه (بعد المدة) للعدة (كانت منقضية) ولم يكن عليها غيرها لما مر (ولها) أي المرأة (إحداد على غير زوج) من الموتى (ثلاثة أيام) فأقل (وتحرم الزيادة) عليها بقصد الإحداد (والله أعلم) فلو تركت ذلك بلا قصد لم تأثم ، ذكره في أصل الروضة في الشقاق ، وذلك مأخوذ من الخبرين السابقين ؛ ولأن في تعاطيه إظهار عدم الرضا بالقضاء ، والأليق بها التقنع بجلباب الصبر ، وإنما رخص للمعتدة في عدتها لحبسها على المقصود من العدة ولغيرها من الثلاث ؛ لأن النفوس قد لا تستطيع فيها الصبر ، ولذلك تسن فيها التعزية وبعدها تنكسر أعلام الحزن ، قال الأذرعي : والأشبه أن المراد بغير الزوج القريب كما أشار إليه القاضي ، فلا يجوز للأجنبية الإحداد على أجنبي أصلًا ولو بعض يوم ، ولم أر فيه نصًا ، قال الغزي : ويظهر أن الصديق كالقريب ، وكذا العالم والصالح وضابطه من يحصل بموته حزن ، فكل من حزنت بموته لها أن تحد عليه ثلاثة أيام هذا هو الذي يظهر . اهـ . ، ويمكن حمل إطلاق الحديث وحمل إطلاق كلام الأصحاب على هذا ، وهذا لا بأس به . **تنبيه** : كلام المصنف يفهم أن الرجل ليس له الإحداد على قريبه ثلاثة أيام ، وهو كذلك ، وما قاله الإمام من أن التحزن في المدة لا يختص بالنساء منعه ابن الرفعة ؛ فإنه شرع للنساء لنقص عقلهن المقتضي عدم الصبر مع أن الشارع أوجب على النساء الإحداد دون الرجال » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٦٠ ، ٦١) : « (والإحداد) لغةً : الامتناع من حددت الرجل من كذا إذا منعته منه وأحدت المرأة امتنعت من الزينة ، ومنه الحدود ؛ لأنها تمنع الجاني من العود لمثل ما فعل مما يوجب الحد ، وأما في الاصطلاح فقال ابن عرفة : هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره ، وفسره المصنف بقوله : (أن لا تقرب) المرأة (المعتدة من الوفاة شيئًا من الزينة) قال خليل : وتركت المتوفى عنها فقط ، وإن صغرت ولو كتابية ، ومفقودًا زوجها التزين بالمصبوغ ، ولو أدكن إن وجدت غيره إلا الأسود ، **والدليل على وجوب الإحداد على المعتدة من الوفاة** : ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن النبي ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا ، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيبًا إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » .

قيل : العصب ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ، والنبذة بضم النون القطعة والشيء اليسير ، والقسط بضم القاف ، والأظفار نوعان من البخور رخص فيه في الطهر من الحيض لتطهير المحل ، وإزالة كراهيته ، ولهذا الحديث قصر مالك الإحداد على عدة الوفاة ، **وحكمة مشروعيته** : الإبعاد عما تراد المرأة له صونًا للأنساب ، وإن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضي الريبة ، وصلة الزينة (بحلي أو كحل أو غيره) من نحو إزالة لشعث . قال في المدونة : ولا تكتحل إلا من ضرورة فتستعمله ليلًا وتمسحه نهارًا لما في الموطإ : أنه ﷺ قال لامرأة معتدة اشتكت عينها : « اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه نهارًا » . وعينها بضم النون فاعل اشتكت ؛ لأنه فعل لازم بمعنى مرضت عينها ، والحلي يحتمل أنه مفرد فيكون بفتح الحاء وسكون اللام مع تخفيف الياء ، ويحتمل أنه جمع فيكون بضم الحاء وكسر اللام وشد الياء جمع حلي وهو كل ما تتحلى به =

= المرأة من قرط وسوار وخاتم ذهب أو فضة أو غيرهما . (تنبيه) علم مما قررنا أن معنى لا تقرب الزينة على جهة الوجوب ، فإن استعملت شيئًا من الزينة زمن عدتها عصت ووجب عليها التوبة ، وإن اكتفت بعدتها . (و) يجب عليها أن (تجتنب) لبس سائر الثياب المصبوغة بأي نوع من أنواع (الصباغ كله إلا) المصبوغة بنوع (الأسود) فإنها لا تجتنبه ، وإن وجدت غيره إلا أن يكون زينة لها لشدة بياضها .
(و) كذا يجب عليها أن (تجتنب الطيب كله) المذكر وهو ما يظهر لونه ويخفى أثره كالورد والياسمين ، ومؤنثه وهو ما يخفى لونه وتظهر رائحته كالمسك والزبدة ، وعبر بتجتنب إشارة للتعميم فلا تتطيب به ولا تتجر به ، وإن احتاجت إلى ذلك في تمعشها ، اللّهم إلا أن تضطر إلى ذلك بحيث تخشى على نفسها الضياع بترك ذلك ، وإلا انبغى الجواز على ما يظهر ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات وحرر المسألة . (و) كذا يجب عليها أن (لا تختضب بحناء) قال خليل : فلا تمتشط بحناء أو كتم بفتح الكاف والتاء وهو شيء أسود يصبغ به الشعر يذهب حمرته ولا يسوده . (و) كذا يجب عليها أن (لا تقرب دهنًا مطيبًا ولا تمتشط بما تختمر) أي تبقى رائحته (في رأسها) بخلاف نحو الزيت والسدر وغيرهما مما لا تبقى له رائحة فيجوز لها استعماله ، ولما كان الإحداد متحتمًا على كل متوفى عنها قال : (و) يجب (على الأمة) المتوفى عنها زوجها (والحرة الصغيرة والكبيرة الإحداد) لكن المخاطب بذلك بالنسبة للصغيرة الولي فيجب عليه أن يجنبها كل ما يزين زمن عدتها » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢٤/٨ ، ١٢٥) : « قال : وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة ، والبيتوتة في غير منزلها ، والكحل بالإثمد ، والنقاب هذا يسمى الإحداد ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا في وجوبه على المتوفى عنها زوجها ، إلا عن الحسن ، فإنه قال : لا يجب الإحداد . وهو قول شذ به أهل العلم وخالف به السنة ، فلا يعرج عليه ، ويستوي في وجوبه الحرة والأمة ، والمسلمة والذمية ، والكبيرة والصغيرة . وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذمية ولا صغيرة ؛ لأنهما غير مكلفتين . ولنا : عموم الأحاديث التي سنذكرها ؛ ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات ، كالخمر والزنى ، وإنما يفترقان في الإثم ، فكذلك الإحداد ، ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة ، فكذلك فيما عليها . ولا إحداد على غير الزوجات ، كأم الولد إذا مات سيدها ، قال ابن المنذر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها ، إذا مات عنها ، ولا الموطوءة بشبهة ، والمزني بها ؛ لقول النبي ﷺ : « لايحل لامرأة تؤمن باللّه واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج ، أربعة أشهر وعشرًا » . ولا إحداد على الرجعية . بغير خلاف نعلمه ؛ لأنها في حكم الزوجات ، لها أن تتزين لزوجها ، وتستشرف له ، ليرغب فيها ، وتتفق عنده ، كما تفعل في صلب النكاح . ولا إحداد على المنكوحة نكاحًا فاسدًا ؛ لأنها ليست زوجة على الحقيقة ، ولا لها من كانت تحل له ويحل لها ، فتحزن على فقده . وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ، ويرغب في النظر إليها ، ويحسنها ، وذلك أربعة أشياء ؛ أحدها : الطيب ، ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمس طيبًا ، إلا عند أدنى طهرها ، إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو أظفار » . متفق عليه . وروت زينب بنت أم سلمة ، قالت : دخلت على أم حبيبة ، زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان ، فدعت بطيب فيه صفرة ، خلوق أو غيره ، فدهنت منه جارية ، =

= ثم مست بعارضها ، ثم قالت: واللّه ما لي بالطيب من حاجة ، غير أني سمعت رسول اللّه ﷺ يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن باللّه واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » . متفق عليه ؛ ولأن الطيب يحرك الشهوة ، ويدعو إلى المباشرة . ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة ، كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان ، وما أشبهه ؛ لأنه استعمال للطيب . فأما الأدهان بغير المطيب ، كالزيت والشيرج والسمن ، فلا بأس به؛ لأنه ليس بطيب .

الثاني : اجتناب الزينة ، وذلك واجب في قول عامة أهل العلم ؛ منهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء . وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك ، وينهون عنه ، **وهو ثلاثة أقسام** : **أحدها** : **الزينة في نفسها** : فيحرم عليها أن تختضب ، وأن تحمر وجهها بالكلكون ، وأن تبيضه بأسفيداج العرائس ، وأن تجعل عليه صبرًا يصفره ، وأن تنقش وجهها ويديها ، وأن تحفف وجهها ، وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة ؛ وذلك لما روت أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « المتوفى عنها زوجها ، لا تلبس المعصفر من الثياب ، ولا الممشق ، ولا الحلي ، ولا تختضب ، ولا تكتحل » . رواه النسائي ، وأبو داود .

وروت أم عطية ، أن رسول اللّه ﷺ قال : « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام ، إلا على زوج ، فإنها تحد أربعة أشهر وعشرًا ، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا ، إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طيبًا إلا عند أدنى طهرها ، إذا طهرت من حيضها ، بنبذة من قسط أو أظفار » . متفق عليه . وعن أم سلمة ، قالت : جاءت امرأة إلى رسول اللّه ﷺ فقالت : يا رسول اللّه ، إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها ، أفنكحلها ، فقال رسول اللّه ﷺ : « لا » . مرتين أو ثلاثا . متفق عليه . وروت أم سلمة ، قالت : دخل عليّ رسول اللّه ﷺ حين توفي أبو سلمة ، وقد جعلت على عيني صبرًا ، فقال : « ماذا يا أم سلمة ؟ » . قلت : إنما هو صبر ، ليس فيه طيب . قال : « إنه يشب الوجه ، لا تجعليه إلا بالليل ، وتنزعينه بالنهار ، ولا تمتشطي بالطيب ، ولا بالحناء ، فإنه خضاب » . قالت : قلت : بأي شيء أمتشط ، قال : « بالسدر ، تغلفين به رأسك » ؛ ولأن الكحل من أبلغ الزينة ، والزينة تدعو إليها ، وتحرك الشهوة ، فهي كالطيب وأبلغ منه .

وحكي عن بعض الشافعية ، أن للسوداء أن تكتحل . وهو مخالف للخبر والمعنى ، فإنه يزينها ويحسنها . وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي ، فلها أن تكتحل ليلًا ، وتمسحه نهارًا . ورخص فيه عند الضرورة عطاء ، والنخعي ، ومالك ، وأصحاب الرأي ؛ لما روت أم حكيم بنت أسيد ، عن أمها ، أن زوجها توفي ، وكانت تشتكي عينيها ، فتكتحل بالجلاء ، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة ، تسألها عن كحل الجلاء ، فقالت : لا تكتحلي إلا لما لا بد منه ، يشتد عليك ، فتكتحلين بالليل ، وتغسلينه بالنهار . رواه أبو داود ، والنسائي . وإنما منع من الكحل بالإثمد ؛ لأنه الذي تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما ، فلا بأس به ؛ لأنه لا زينة فيه ، بل يقبح العين ، ويزيدها مرها . ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها ؛ لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره ، فيشبه الخضاب ؛ ولهذا قال النبي ﷺ : « إنه يشب الوجه » ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ، ونتف الإبط ، وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ، ولا من الاغتسال بالسدر ، والامتشاط به ، لحديث أم سلمة ؛ ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني : **زينة الثياب** : فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين ، كالمعصفر ، والمزعفر ، وسائر الأحمر ، =

= وسائر الملون للتحسين ، كالأزرق الصافي ، والأخضر الصافي ، والأصفر ، فلا يجوز لبسه ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تلبس ثوبًا مصبوغًا » . وقوله : « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » . فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه ، كالكحلي ، والأسود ، والأخضر المشبع ، فلا تمنع منه ؛ لأنه ليس بزينة . وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان ؛ أحدهما : يحرم لبسه ؛ لأنه أرفع وأحسن ؛ ولأنه مصبوغ للحسن ، فأشبه ما صبغ بعد نسجه . والثاني لا يحرم ؛ لقول رسول الله ﷺ في حديث أم سلمة : « إلا ثوب عصب » . وهو ما صبغ غزله قبل نسجه . ذكره القاضي ؛ ولأنه لم يصبغ وهو ثوب ، فأشبه ما كان حسنًا من الثياب غير مصبوغ ، والأول أصح ، وأما العصب : فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب .

قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن ، لا ينبتان إلا به. فأرخص النبي ﷺ للحادة في لبس ما صبغ بالعصب ؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين ، أما ما صبغ غزله للتحسين ، كالأحمر والأصفر ، فلا معنى لتجويز لبسه ، مع حصول الزينة بصبغه ، كحصولها بما صبغ بعد نسجه . ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقًا ، سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم ؛ لأن حسنه من أصل خلقته ، فلا يلزم تغييره ، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة ، لا يلزمها أن تغير لونها ، وتشوه نفسها .

القسم الثالث : الحلي : فيحرم عليها لبس الحلي كله ، حتى الخاتم ، في قول عامة أهل العلم ؛ لقول النبي ﷺ : « ولا الحلي » . وقال عطاء : يباح حلي الفضة دون الذهب . وليس بصحيح ؛ لأن النهي عام ؛ ولأن الحلي يزيد حسنها ، ويدعو إلى مباشرتها ، قالت امرأة :

وما الحلي إلا زينة لنقيصة ... تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

ومما تجتنبه الحادة : النقاب ، وما في معناه ، مثل البرقع ونحوه ؛ لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك ، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة » .

وجاء فيه أيضًا (٨/١٣١ ، ١٣٢) : « (والمطلقة ثلاثًا ، تتوقى الطيب ، والزينة ، والكحل بالإثمد) اختلفت الرواية عن أحمد ، في وجوب الإحداد على المطلقة البائن ؛ فعنه ، يجب عليها . وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . والثانية ، لا يجب عليها . وهو قول عطاء ، وربيعة ، ومالك ، وابن المنذر ونحوه قول الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج ، أربعة أشهر وعشرًا » . وهذه عدة الوفاة ، فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة ؛ ولأنها معتدة عن غير وفاة ، فلم يجب عليها الإحداد ، كالرجعية ، والموطوءة بشبهة ؛ ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه ، وقطع نكاحها ، فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ؛ ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد ، لحق الزوج ، وليس له من ينفيه ، فاحتيط عليها بالإحداد ؛ لئلا يلحق بالميت من ليس منه ، بخلاف المطلقة ، فإن زوجها باق ، فهو يحتاط عليها بنفسه ، وينفي ولدها إذا كان من غيره . ووجه الرواية الأولى ، أنها معتدة بائن من نكاح ، فلزمها الإحداد ، كالمتوفى عنها زوجها ؛ وذلك لأن العدة تحرم النكاح ، فحرمت دواعيه . ويخرج على هذا الرجعية ، فإنها زوجة ، والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح ، فلم تكمل الحرمة .

فأما الحديث ، فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ، ونحن نقول به ؛ ولهذا جاز الإحداد هاهنا =

= بالإجماع ، فإذا قلنا يلزمها الإحداد ، لزمها شيئان ؛ توقي الطيب ، والزينة في نفسها ، على ما قدمنا فيها ، ولا تمنع من النقاب ، ولا من الاعتداد في غير منزلها ، ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس ، أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم . على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى .

وإذا كانت المبتوتة حاملًا ؛ وجب لها السكنى ، رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فيه ، وإن لم تكن حاملًا ففيها روايتان ؛ إحداهما : لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاووس ، والحسن ، وعمرو بن ميمون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . فأوجب لهن السكنى مطلقًا ، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة ، وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته ، فقال والله ما لك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى» . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه .

فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر ، وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة ، لا ندري أصدقت أم كذبت . وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ؟ وقال : إنها كانت في مكان وحش ، فخيف على ناحيتها ؟ وقال : سعيد بن المسيب ، تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسنة ، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى . قلنا : أما مخالفة الكتاب : فإن فاطمة لما أنكروا عليها ، قالت : بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ . فأي أمر يحدث بعد الثلاث ، فكيف تقولون : لا نفقة لها ، إذا لم تكن حاملًا فعلام تحبسونها ، فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ، وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا ؛ فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر ، قال : ولكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة . وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بخبر فريعة ، وهي امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ في كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملًا ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل ، على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول . وأما تأويل من تأول حديثها ؛ فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك ، وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء ، وقد رد على من رد عليها ، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب ، لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث . وقول عائشة : إنها كانت في مكان وحش . لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل بغير ذلك ، فقال : « **يا ابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة** » . هكذا رواه الحميدي ، والأثرم . ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ، ما احتاج عمر =

١٧٣٧ - هناك أشياء تلزم مراعاتها ما دامت المرأة في العدة ، سواء كانت هذه الأشياء بالنسبة للأجنبي أو الزوج أو الزوجة .

١٧٣٨ - **فمن الأشياء التي تخص الأجنبي** : عدم جواز خطبتها تصريحًا وتعريضًا إن كانت معتدة لطلاق ، سواء كان الطلاق رجعيًّا أو بائنًا . فإن كانت معتدة لوفاة ، جازت الخطبة تعريضًا لا تصريحًا ، ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًاۚ ﴾ [1] . قال الرازي في تفسيره : أراد به المتوفى عنها زوجها ، بدليل سياق الآية ، والمعنى : لا إثم عليكم فيما ذكرتم لهن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن ، أو أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضًا ولا تصريحًا ، علم الله أنكم ستذكروهن ، فذكروهن ولكن لا تواعدوهن نكاحًا . والاستثناء من ﴿ لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ ﴾ منقطع ؛ لأن القول المعروف ليس داخلًا في السر ، والاستدراك مما قدرناه يريد به قوله : فاذكروهن . وقد تقدم السبب العقلي في شرح المادة الثانية ، فارجع إليه إن شئت .

١٧٣٩ - **ومنها** : أنه لا يجوز له أن يعقد عليها ما دامت في العدة ؛ لقوله تعالى بعد الآية المتقدمة : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ ﴾ [2] ؛ ولأنه إذا لم تجز الخطبة التي هي طلب التزوج ، فالتزوج فعلًا من باب أولى .

١٧٤٠ - **ومن الأشياء التي تخص الزوج** : عدم زواجه بمحرم كأختها أو عمتها ممن لا يجوز له الجمع بينهما .

١٧٤١ - **ومنها** : أنه إن كان متزوجًا بثلاث غير المعتدة ، فلا يجوز له أن يتزوج غيرها حتى تنقضي العدة . وهاتان من المسائل التي يعتد فيها الرجل .

١٧٤٢ - **ومنها** : إلزامه بالنفقة إن كانت الفرقة من جهته ، سواء كانت بمعصيته أو بغيرها ومن جهتها وكانت بغير معصيتها . فإن كانت بمعصيتها فلا تلزمه النفقة ، وستأتي هذه المسألة في الفصل الآتي .

= في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة . ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنكرت على من أنكر عليها ، وردت على من رد خبرها ، أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها ؛ لمعرفتها بنفسها ، وموافقتها ظاهر الخبر ، كما في سائر ما هذا سبيله » .

(١، ٢) البقرة : ٢٣٥ .

١٧٤٣ - **ومن الأشياء التي تخص الزوجة** : الحداد ، أي : الحزن على هذه الفرقة ، سواء كانت بالوفاة أو بالطلاق البائن إن كانت مسلمة مكلفة .

١٧٤٤ - **أما المتوفى عنها زوجها** : فلا خلاف في حدادها ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد - أي : تحزن - على ميت فوق ثلاثة أيام ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرًا** » (١).

١٧٤٥ - **وأما المطلقة طلاقًا بائنا** : فحدادها مذهبنا . وقال الإمام الشافعي ﷺ : لا حداد عليها ؛ لأنه وجب إظهارًا للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها إلى مماته ، وهذا قد أوحشها بالإبانة ، فلا تأسف بفوته . ودليلنا : ما روي عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء ، وقال : « الحناء طيب » . ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها ؛ ولأنه يجب إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والإبانة أقطع لها من الموت ، بدليل أن لها أن تغسله إذا مات قبل الإبانة لا بعدها .

ويبنى على ذلك : أنها لا تتزين ولا تتطيب ؛ لأنه ينافي التأسف ، فضلًا عن أنه من دواعي الرغبة فيها ، وهي ممنوعة عن التزوج ، فتتجنبه كي لا تكون ذريعة إلى الوقوع في المحرم .

١٧٤٦ - **ومنها** : أنه يلزمها أن تعتد في البيت المضاف إلى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة ، ولو حصلت وهي غير موجودة فيه ؛ ولهذا لو خرجت لزيارة أهلها ، وطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ (٢) . والبيت المضاف إليها بالسكنى هو الذي تسكنه مع زوجها قبل الفرقة . فإن خرجت ، كان هذا الخروج معصية ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ (٣) . والفاحشة هي نفس الخروج كما قاله إبراهيم النخعي وتبعه أبو حنيفة ، فيكون المعنى : إلا أن يكون خروجها

---

(١) صحيح البخاري (كتاب : الجنائز / باب : إحداد المرأة على غير زوجها / ١٢٨٠) ، وصحيح مسلم (كتاب : الطلاق / باب : وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك / ١٤٨٦) ، وسنن الترمذي (كتاب : الطلاق واللعان عن رسول الله / باب : ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها / ١١٩٥) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : الإحداد / ٣٥٢٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : إحداد المتوفى عنها زوجها / ٢٢٩٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق / باب : هل تحد المرأة على غير زوجها / ٢٠٨٦) .

(٢، ٣) الطلاق : ١ .

فاحشة ، كما يقال : لا يزنى أحد إلا أن يكون فاسقًا . وقال ابن مسعود : الفاحشة هي الزنى ، ويخرجن لإقامة الحد عليهن . وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس: هي نشوزها وأن تكون بذيئة اللسان تبذو على أحماء زوجها . وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها : « **اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله** »[1] . وذلك أن فريعة بنت مالك بن أبي سفيان أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها ، جاءت إلى رسول الله ﷺ واستأذنت أن تعتد في بني خُدْرَة لا في بيت زوجها ، فأذن لها رسول الله ﷺ . فلما خرجت دعاها رسول الله ﷺ ، فقال لها : « **أعيدي المسألة** » . فأعادت ، فقال لها : « **لا حتى يبلغ الكتاب أجله** » . يعني : لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . **وفي هذا الحديث دليل على حكمين** :

الأول : أنه يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج .

الثاني : أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز ، فإنه ﷺ لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء . هذا هو الدليل النقلي .

وحكمته : أن المرأة إذا اعتدت في البيت الذي كانت تسكنه مع الزوج قبل الفرقة ، تكون دائمًا على ذكر من المعاشرة ، فتحزن على فراقه إن توفي ، فتمتنع عن ارتكاب شيء مخالف للشرع الشريف ، وتكون قريبة الرضا إن أراد الزوج عودها إليه ؛ لأن الطلاق ربما يكون لذنب اقترفته ، وبعد ذلك مال إليها ، وذلك لا يحصل إن اعتدت في غير هذا المسكن .

١٧٤٧ - وبما أن الأعذار تغير الأحكام في العبادات وغيرها ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ كان هذا الحكم عند عدم الضرورة . فلو وجدت ، جاز لها الخروج .

وينبني على ذلك جوازه في الأحوال الآتية :

أولًا : إذا أخرج الزوج معتدة الطلاق ظلمًا وعدوانًا ، فلا شيء عليها ، والإثم عليه ، أو أخرجها صاحب المنزل لعدم القدرة على الأجرة ، أو أخرجت الورثة معتدة الوفاة بأن كان نصيبها من البيت لا يكفيها إذا قسم ، أو طلبوا قسمة المهايأة ، ولو كان نصيبها

---

(١) سنن الترمذي (كتاب : الطلاق واللعان عن رسول الله / باب : ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها / ١٢٠٤) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : عدة المتوفى عنها زوجها من يوم يأتيها الخبر / ٣٥٣٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : في المتوفى عنها تنتقل / ٢٣٠٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق / باب : أين تعتد المتوفى عنها زوجها / ٢٠٣١) ، كلهم بلفظ : « امكثي » .

كافيًا لسكناها .

ثانيًا : أن ينهدم البيت بالفعل .

ثالثًا : أن يخشى انهدامه ، فتخرج خوفًا على نفسها ومالها .

رابعًا : خوف تلف مالها بالضياع ، بأن كان البيت مهددًا من اللصوص مثلًا وهو غير حصين .

خامسًا : إذا كان البيت الذي يسكنان فيه ليس مملوكًا لهما ، وتوفي الزوج ، ولا تجد المرأة كراءه ، إلى غير ما ذكر من الأعذار المبيحة للخروج ، كأن خافت خوفًا شديدًا من أمر الميت والموت ، ولا أحد معها فيه .

١٧٤٨ - فإن وجد عذر من الأعذار المبيحة للخروج ، انتقلت معتدة الوفاة إلى أقرب موضع منه ، لتكون دائمًا على ذكر من أحوال الزوج ، وانتقلت معتدة الطلاق إلى الموضع الذي يشاءه الزوج لوجوب السكنى عليه .

١٧٤٩ - إذا علمت ما تقدم ، تعلم بداهة أن الخروج لقضاء المصالح بالنسبة لمعتدة الطلاق ، ليس من الأعذار ؛ لأن الزوج متكفل بجميع ذلك ؛ إذ نفقتها واجبة عليه ، وأنه من الأعذار بالنسبة لمعتدة الوفاة لعدم وجوب النفقة لها ، فتحتاج إلى الخروج نهارًا وبعض الليل لطلب المعاش في النهار ، وربما امتد إلى أن يهجم الليل ، فيجوز لها ذلك . وهذا لا يستغرق الليل كله ، والضرورة تقدر بقدرها ، فلا تبيت خارج بيتها [1] .

(مادة ٣٢٢)

لا تَجِبُ الْعِدَّةُ عَلَى مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخَلْوَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَلا تَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْخَلْوَةِ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَلَوْ كَانَتْ صَحِيحَةً [2].

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : اعتداد المطلقة في بيت الزوجية : المادة (١٤٦) : تعتد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة ، وإن طلقت أو مات عنها وهي في غير مسكنها عادت إليه فورًا ، ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها إلا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصلحتها ولا تبيت خارج بيتها ، وإذا اضطر الزوجان للخروج من البيت فتنتقل معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج ، وإذا اضطرت معتدة الوفاة إلى الخروج فتنتقل إلى أقرب موضع منه .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٢٠٣/٤) : « لا تجب العدة على المطلقة قبل الدخول » .

١٧٥٠ - وكل هذه الأحكام إذا كانت الفرقة بعد الدخول . فلو حصلت قبله ، فإن كانت بوفاة الزوج ؛ فعليها العدة كما تقدم .

وإن كانت بغيرها ، فلا تجب عليها هذه إنما كان العقد صحيحًا ، فلا يشترط في وجوب العدة الدخول الحقيقي الخلوة توجبها ، بخلاف ما إذا كان العقد فاسدًا ، فإنها لا تجب إلا بعد الدخول الحقيقي .

١٧٥١ - وإنما العدة على المطلقة قبل الدخول ؛ لقوله : ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [1] ؛ ولأن حكمة العدة في هذه الحالة تعرف براءة الرحم وهو بريء بيقين [2] .

---

(١) الأحزاب : ٤٩ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٦) : لا تلتزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم العدة : المادة (١٤٢) : إذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل أن يتأكد العقد الصحيح أو الفاسد بالخلوة أو الدخول لا تلزم العدة .

الفصل الثاني
في نفقة المعتدة

(مادة ٣٢٣)

كُلُّ فُرْقَةٍ طَلاقًا أَوْ فَسْخًا وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ لا تُوجِبُ سُقُوطَ النَّفَقَةِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ بِمَعْصِيَتِهِ أَمْ لا ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مُدَّةَ الْعِدَّةِ وَإِنْ طَالَتْ :

أَوَّلًا : لِمُعْتَدَّةِ الطَّلاقِ ، رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا بَيْنُونَةً صُغْرَى أَوْ كُبْرَى، حَامِلًا كَانَتْ الْمَرْأَةُ أَوْ حَائِلًا .

ثَانِيًا : لِلْمُلاعِنَةِ وَالْمُبَانَةِ بِالإِيلاءِ أَوْ بِالْخُلْعِ ، مَا لَمْ تُبْرِئْهُ مِنْهَا وَقْتَ وُقُوعِهِ .

ثَالِثًا : لِلْمُبَانَةِ بِإِبَائِهِ عَنِ الإِسْلاَمِ .

رَابِعًا : لِزَوْجَةِ مَنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ بِالْبُلُوغِ .

خَامِسًا : لِلْمُبَانَةِ بِرِدَّتِهِ أَوْ بِفِعْلِهِ بِأَصْلِهَا أَوْ بِفَرْعِهَا مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٠٩/٣ ، ٢١٠) : « **ومنها** : وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض ، **وجملة الكلام** : أن المعتدة إما إن كانت عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق ، وإما إن كانت عن وفاة ، ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسد أو ما هو في معنى النكاح الفاسد : فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعيًا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف ؛ لأن ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلائل أخر ، وإن كان الطلاق ثلاثًا أو بائنًا ؛ فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملًا بالإجماع ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وإن كانت حائلًا ؛ فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا . وقال الشافعي : لها السكنى ولا نفقة لها . وقال ابن أبي ليلى : لا نفقة لها ولا سكنى ، واحتجا بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ خص الحامل بالأمر بالإنفاق عليها فلو وجب الإنفاق على غير الحامل لبطل التخصيص . وروي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي النبي ﷺ نفقة ولا سكنى ؛ ولأن النفقة تجب بالملك ، وقد زال الملك بالثلاث والبائن إلا أن الشافعي يقول : عرفت وجوب السكنى في الحامل بالنص بخلاف البائن .

ولنا : قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وفي قراءة عبد الله بن مسعود ﷺ « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » ولا اختلاف بين القراءتين لكن إحداهما تفسير الأخرى كقوله ﷻ ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ وقراءة ابن مسعود ﷺ « أيمانهما » وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا . =

= ولأن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق ؛ لأنها إذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت ، أو ضاق الأمر عليها وعسر ، وهذا لا يجوز وقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده في العدة ، ولأن النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة وتأبد بانضمام حق الشرع إليه ؛ لأن الحبس قبل الطلاق كان حقًّا للزوج على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج ، وإن أذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التأكد فلأن تجب بعد التأكد أولى . وأما الآية ففيها أمر بالإنفاق على الحامل وأنه لا ينفي وجوب الإنفاق على غير الحامل ولا يوجبه أيضًا فيكون مسكوتًا موقوفًا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا .

وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر ﷺ فإنه روي أنها لما روت أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر ﷺ : لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت وفي بعض الروايات قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : لها السكنى والنفقة وقول عمر ﷺ : « لا ندع كتاب ربنا » يحتمل أنه أراد به قوله ﷻ : أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ، كما هو قراءة ابن مسعود ﷺ ويكون هذا قراءة عمر أيضًا ويحتمل أنه أراد قوله ﷻ : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ مطلقًا ، ويحتمل أنه أراد بقوله : لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وهو قوله ﷻ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ كما هو القراءة الظاهرة .

وأراد بقوله ﷺ : « سنة نبينا » ما روي عنه ﷺ أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لها النفقة والسكنى » ويحتمل أن يكون عند عمر ﷺ في هذا تلاوة رفعت عينها وبقي حكمها فأراد بقوله : « لا ندع كتاب ربنا » تلك الآية كما روي عنه أنه قال في باب الزنا : كنا نتلوا في سورة الأحزاب : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ، ثم رفعت التلاوة وبقي حكمها . كذا هنا وروي أن زوجها أسامة بن زيد كان إذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده . وروي عن عائشة ﷺ أنها قالت لها : لقد فتنت الناس بهذا الحديث وأقل أحوال إنكار الصحابة على راوي الحديث أن يوجب طعنًا فيه ، ثم قد قيل في تأويله إنها كانت تبدو على أحمائها أي تفحش عليهم باللسان من قولهم : بذوت على فلان ، أي فحشت عليه ، أي كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها رسول الله ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى ؛ لأنها صارت كالناشزة إذ كان سبب الخروج منها ، وهكذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها في عدتها أو كان منها سبب أوجب الخروج أنها لا تستحق النفقة ما دامت في بيت غير الزوج ، وقيل : إن زوجها كان غائبًا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته ؛ إذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، فإن قيل : روي أن زوجها خرج إلى الشام وقد كان وكل أخاه فالجواب أنه إنما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصومية ، وقولهما : إن النفقة تجب لها بمقابلة الملك ممنوع فإن للملك ضمانًا آخر وهو المهر على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، وإنما تجب بالاحتباس ، وقد بقي بعد =

= الطلاق الثلاث والبائن فتبقى النفقة وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل ، ولا نفقة ولا سكنى للأمة المعتدة عن طلاق إذا لم يبوئها المولى بيتًا ؛ لأنه إذا لم يبوئها المولى بيتًا فحق الحبس لم يثبت للزوج .

ألا ترى أن لها أن تخرج فإن كان المولى قد بوأها بيتًا فلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج ؟ وكذلك المدبرة وأم الولد إذا طلقهما وبوأهما المولى بيتًا أو لم يبوئهما ؛ لأن كل واحدة منهما أمة ، وكذا المكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة ، وإن أعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى ؛ لأنها غير محبوسة . ألا ترى أن لها أن تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد ؛ لأن عدتها كعدة المنكوحة نكاحا فاسدا ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح فإن كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى لها ولا نفقة ؛ لما ذكرنا أن حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد ، فكذا في العدة منه ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق فإن كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فإن كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة ، وإن كانت من قبلها فإن كانت بسبب ليس بمعصية كالأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها ، وامرأة العنين إذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة ، وإن كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبّلت ابن زوجها بشهوة قالوا : لا نفقة لها ولها السكنى ؛ لأن السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى . وأما النفقة فتجب حقًّا لها على الخلوص فإذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتقة وامرأة العنين ؛ لأن الفرقة وقعت من قبلهما بحق فلا تسقط النفقة ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق ، فإن كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلًا أو حاملًا فإن النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وإنما تجب شيئًا فشيئًا على حسب مرور الزمان ، فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى في مال الورثة ، وسواء كانت حرة أو أمة ، كبيرة أو صغيرة ، مسلمة أو كتابية ؛ لأن الحرة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهؤلاء أولى ، وكذا المعتدة من نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأنهما لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥/١٠٤ - ١١٣) : « (تجب سكنى لمعتدة طلاق) حائل أو حامل (ولو بائن) بالجر عطفًا على المجرور ، والأولى نصبه أي ولو كانت بائنًا ، ويجوز رفعه بتقدير مبتدأ محذوف أي ولو هي بائن ويستمر سكناها إلى انقضاء عدتها ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ وقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ أي بيوت أزواجهن وأضافها إليهن للسكنى ؛ إذ لو كانت إضافة ملك لم تختص بالمطلقات ، ولو أسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط كما في فتاوى المصنف ؛ لأنها تجب يومًا بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب . تنبيه : أفهم تقييده عن طلاق أنه لا سكنى لمعتدة عن وطء شبهة ولو في نكاح فاسد ولا لأم ولد إن أعتقت ، وهو كذلك ، ثم استثنى من المعتدة قوله : (إلا ناشزة) سواء كان ذلك قبل طلاقها كما صرح به القاضي وغيره ، أم في أثناء العدة كما صرح به المتولي فإنها لا سكنى لها في العدة ، فإن عادت إلى الطاعة عاد حق السكنى كما صرح به المتولي في مسألته ، وإلا صغيرة لا تحتمل الجماع فإنه =

=لا سكنى لها بناء على الأصح أنها لا تستحق النفقة حالة النكاح ، والأمة لا نفقة لها على زوجها كالمسلمة ليلًا فقط أو نهارًا كما مر ذلك في فصل نكاح العبد وإلا من وجبت العدة بقولها بأن طلقت ثم أقرت بالإصابة وأنكرها الزوج فلا نفقة لها ولا سكنى وعليها العدة .
فإن قيل : لا وجه لاستثناء الصغيرة من ذلك ؛ إذ الكلام في سكنى المعتدة ، والصغيرة لا عدة عليها . أجيب بأنه يتصور ذلك باستدخالها ماء الزوج وإن كان فيه بعد . (و) يجب السكنى أيضًا (لمعتدة وفاة في الأظهر) لأمره ﷺ فريعة بضم الفاء ، بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله ، فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشرًا . صححه الترمذي وغيره ، **والثاني** : لا سكنى لها كما لا نفقة لها . **وأجاب الأول** : بأن السكنى لصيانة مائه ، وهي موجودة بعد الوفاة ، كالحياة ، والنفقة لسلطنته عليها وقد انقطعت ، وبأن النفقة حقها فسقطت إلى الميراث ، والسكنى حق الله تعالى فلم تسقط .
تنبيه : محل الخلاف إذا لم يطلقها قبل الوفاة رجعيًا وإلا لم تسقط قطعًا ؛ لأنها استحقتها بالطلاق فلم تسقط بالموت كما حكاه في المطلب عن الأصحاب ، لكن حكى الجرجاني طرد القولين فيها ، وعليه يأتي إطلاق المصنف . (و) يجب أيضًا لمعتدة (فسخ) بعيب أو ردة أو إسلام أو رضاع (على المذهب) لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فأشبهت المطلقة تحصينًا للماء . والطريق الثاني على قولين كالمعتدة عن وفاة .
تنبيه : سكت المصنف عن استثناء الناشزة في عدة الوفاة وعدة الفسخ مع أن حكمها كالناشزة في عدة الطلاق كما صرح به القاضي والمتولي فيمن مات عنها ناشزًا ، فلو أخر قوله : إلا ناشزة إلى هنا لشمل ذلك ، وشمل إطلاقه الملاعنة ، والذي في الروضة نقلًا عن البغوي أنها تستحق قطعًا ، وحيث لا تجب السكنى لمعتدة فللزوج إسكانها حفظًا لمائه ، ويقوم وارثه مقامه وعليها الإجابة ، وحيث لا تركة للميت لم يجب إسكانها ، فإن تبرع الوارث بالسكنى لزمتها الإجابة ؛ لأن له غرضًا في صون ماء مورثه ، وغير الوارث كالوارث كما قاله الروياني تبعًا للماوردي . فإن قيل : ينبغي عدم اللزوم كما لو تبرع أجنبي بوفاء دين ميت أو مفلس لم يلزم الدائن قبوله بخلاف الوارث ، وبأن اللزوم فيه تحمل منه مع كون الأجنبي لا غرض له صحيح في صون ماء الميت .
أجيب عن الأول : بأن ملازمة المعتدة للمسكن حق الله تعالى لا بدل له فيجب فيه القبول ، وإلا فيلزم تعطيله ، وبأن حفظ ماء الإنسان من المهمات المطلوبة بخلاف أداء الدين ، **وعن الثاني** : بأنه إنما يصح إذا كان التبرع عليها ، وليس كذلك ، وإنما هو على الميت ، فإذا لم يوجد متبرع سن للإمام حيث لا تركة إسكانها من بيت المال ، لا سيما إن كانت متهمة بريبة وإن لم يسكنها أحد سكنت حيث شاءت (و) إذا وجبت السكنى فإنما (تسكن) بضم أوله بخطه : أي المعتدة حتمًا (في مسكن) مستحق للزوج لائق بها (كانت فيه عند الفرقة) بموت أو غيره للآية وحديث فريعة السابقين (وليس للزوج وغيره إخراجها ، ولا لها خروج) منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر كما سيأتي ؛ لأن في العدة حق الله تعالى ، والحق الذي لله تعالى لا يسقط بالتراضي - بالضاد - وقد قال تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾ . **تنبيه** : شمل كلامه كأصله الرجعية ، وبه صرح في النهاية ، وفي حاوي الماوردي والمهذب وغيرهما من العراقيين أن للزوج أن يسكنها حيث شاء ؛ لأنها في حكم الزوجة ، وبه جزم المصنف في نكته ، والأول هو ما نص عليه في الأم كما قال ابن الرفعة وغيره ، وهو كما قال السبكي أولى ؛ لإطلاق الآية . وقال الأذرعي : إنه المذهب المشهور ، والزركشي : إنه =

=الصواب ؛ ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلًا عن الاستمتاع فليست كالزوجات (قلت : ولها الخروج في عدة وفاة) وعدة وطء شبهة ونكاح فاسد (وكذا بائن) ومفسوخ نكاحها ، وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج (في النهار لشراء طعام) وقطن وكتان (و) بيع (غزل ونحوه) للحاجة إلى ذلك ؛ ولقول جابر رضي الله تعالى عنه : طلقت خالتي ثلاثًا ، فخرجت تجد نخلًا لها ، فنهاها رجل ، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال : « اخرجي فجدي نخلك ، ولعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيرًا » . رواه مسلم وأبو داود واللفظ له .
قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه : ونخل الأنصار قريب من منازلهم ، والجداد لا يكون إلا نهارًا أي : غالبًا ، أما من وجبت نفقتها من رجعية أو مستبرأة أو بائن أو حامل فلا تخرج إلا بإذن أو ضرورة كالزوجة ؛ لأنهن مكفيات بنفقة أزواجهن (وكذا) لها الخروج لذلك (ليلًا) إن لم يمكنها نهارًا وكذا (إلى دار جارة) لها (لغزل وحديث ونحوهما) للتأنس لكن (بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها) لما روى الشافعي والبيهقي رضي الله تعالى عنهما : أن رجالًا استشهدوا بأحد ، فقالت نساؤهم : يا رسول الله إنا نستوحش في بيوتنا فنبيت عند إحدانا فأذن لهن رسول الله ﷺ أن تحدثن عند إحداهن ، فإذا كان وقت النوم تأوي كل واحدة إلى بيتها .
تنبيه : محل ذلك : كما قال الأذرعي وغيره ، إذا أمنت الخروج ولم يكن عندها من يؤنسها ، وإلا فلا يجوز لها الخروج ، فقد قالت عائشة رضي الله عنها : « لو يعلم النبي ﷺ ما أحدث النساء بعده لمنعهن المساجد » وهذا في زمن السيدة عائشة ولم يتعرضوا لضابط وقت الرجوع ، وينبغي كما قال ابن شهبة الرجوع فيه للعادة .
(وتنتقل) المعتدة (من المسكن) الذي كانت فيه عند الفرقة لعذر ، وذلك (لخوف من هدم أو غرق) على مالها أو ولدها (أو) لخوف (على نفسها) تلفا أو فاحشة للضرورة الداعية إلى ذلك ، ولما روى أبو داود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : كانت فاطمة بنت قيس في مكان وحش مخيف فلذلك رخص لها النبي ﷺ (أي في الخروج منه (أو تأذت بالجيران) بكسر الجيم (أو هم بها أذى شديدًا ، والله أعلم) للحاجة إلى ذلك ، وفسر ابن عباس وغيره ، قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ بالبذاءة على الأحماء أو غيرهم ، وفي رواية لمسلم : أن فاطمة بنت قيس كانت تبدو على أحمائها فنقلها النبي ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم . ووقع للرافعي أنها فاطمة بنت أبي حبيش وعد من سبق القلم .
تنبيه : أطلق المصنف الانتقال عند هذه الضرورات وهو يفهم أنها تسكن حيث شاءت وليس مرادًا بل قال الرافعي : الذي أورده الجمهور انتقالها إلى أقرب المواضع إلى ذلك المسكن ، وقال الزركشي : المنصوص في الأم أن الزوج يحصنها حيث رضي لا حيث شاءت ، وتقييده الأذى بالشديد يفهم أنها لو تأذت بهم قليلًا لا اعتبار به وهو كذلك إذ لا يخلو منه أحد ، ومن الجيران الأحماء وهم أقارب الزوج ، نعم إن اشتد أذاها بهم أو عكسه وكانت الدار ضيقة نقلهم الزوج عنها ، وكذا لو كان المسكن لها فإنها لا تنتقل منه لاستطالة ولا غيرها بل ينتقلون عنها ، وكذا لو كانت ببيت أبويها وبذت عليهم نقلوا دونها ؛ لأنها أحق بدار أبويها : كذا قالاه قال الأذرعي : وكأن المراد أن الأولى نقلهم دونها وهو حسن ، وخرج بالجيران ما لو طلقت ببيت أبويها وتأذت بهم أو هم بها فلا نقل ؛ لأن الوحشة لا تطول بينهم ، ولا يختص الانتقال بما ذكر بل لو لزمها =

=حد أو يمين في دعوى وهي برزة خرجت له ، وإن كانت مخدرة حدت وحلفت في مسكنها بأن يحضر إليها الحاكم أو يبعث إليها نائبه ، ولو لزمها العدة بدار الحرب هاجرت منها إلى دار الإسلام إلا إن أمنت على نفسها أو غيرها مما مر فلا تهاجر حتى تعتد ، أو زنت المعتدة وهي بكر غربت ، ولا يؤخر تغريبها إلى انقضاء عدتها ، ويخالف هذا تأخير الحد لشدة الحر والبرد ؛ لأنهما يؤثران في الحد ويعينان على الهلاك ، والعدة لا تؤثر في الحد ولا تعذر في الخروج لتجارة وزيارة وتعجيل حجة إسلام ونحوها من الأغراض التي تعد من الزيادات دون المهمات . (ولو انتقلت إلى مسكن) في البلد (بإذن الزوج فوجبت العدة) في أثناء الطريق المهمات (قبل وصولها إلى مسكن) في البلد (بإذن الزوج فوجبت العدة) في أثناء الطريق بطلاق أو فسخ أو موت (قبل وصولها إليه) أي المسكن (اعتدت فيه) لا في الأول (على النص) في الأم ؛ لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من الأول ، وقيل : تعتد في الأول ؛ لأنها لم تحصل وقت الفراق في الثاني ، وقيل : تتخير لتعلقها بكل منهما ، أما إذا وجبت العدة بعد وصولها فيه فتعتد فيه جزمًا .

تنبيه : العبرة في النقلة ببدنها وإن لم تنقل الأمتعة والخدم وغيرهما من الأول حتى لو عادت لنقل متاعها أو خدمها فطلقها فيه اعتدت في الثاني (أو) كان انتقالها من الأول (بغير إذن) من الزوج فوجبت العدة ولو بعد وصولها إلى الثاني ولم يأذن لها في المقام فيه (ففي الأول) تعتد لعصيانها بذلك ، فإن أذن لها بعد الوصول إليه بالمقام فيه كان كالنقلة بإذنه (وكذا) تعتد أيضًا في الأول و (لو أذن) لها في الانتقال منه (ثم وجبت) عليها العدة (قبل الخروج) منه وإن بعثت أمتعتها وخدمها إلى الثاني ؛ لأنه المنزل الذي وجبت فيه العدة (ولو أذن) لها (في الانتقال إلى بلد فكمسكن) فيما ذكر (أو) أذن لها (في سفر حج أو) عمرة و (تجارة) أو استحلال مظلمة أو نحو ذلك كرد آبق والسفر لحاجتها (ثم وجبت) عليها العدة (في) أثناء (الطريق فلها الرجوع) إلى الأول (والمضي) في السفر ؛ لأن في قطعها عن السفر مشقة ، لا سيما إذا بعدت عن البلد وخافت الانقطاع عن الرفقة ، ولكن الأفضل الرجوع والعود إلى المنزل كما نقلاه عن الشيخ أبي حامد وأقراه ، وهي في سيرها معتدة ، وخرج بالطريق ما لو وجبت قبل الخروج من المنزل فلا تخرج قطعًا ، وما لو وجبت فيه ولم تفارق عمران البلدان فإنه يجب العود في الأصح عند الجمهور كما في أصل الروضة ؛ لأنها لم تشرع في السفر (فإن) لم ترجع فيما إذا خيرت و (مضت) لمقصدها أو بلغته (أقامت) فيه (لقضاء حاجتها) من غير زيادة عملا بحسب الحاجة ، وإن زادت إقامتها على مدة المسافرين كما شمله كلامه ، وأفهم أن الحاجة إذا انقضت قبل ثلاثة أيام لم يجز لها استكمالها وهو الأصح كما في زيادة الروضة وقطع به في المحرر ، وإن كان مقتضى كلام الشيخين استكمالها (ثم يجب) عليها بعد قضاء حاجتها (الرجوع) في الحال (لتعتد البقية) من العدة (في المسكن) الذي فارقته ؛ لأنه الأصل في ذلك ، فإن لم تمض اعتدت البقية في مسكنها .

تنبيه : قوله : (لتعتد البقية في المسكن) ، يفهم أنها لو لم تتوقع بلوغ المسكن قبل انقضاء عدتها بل تنقضي عدتها في الطريق أنها لا يلزمها العود وهو وجه ، والأصح كما في الشرح والروضة كأصلها يلزمها العود ؛ لأن إقامتها لم يؤذن لها وعودها مأذون فيه من جهته ، أما إذا سافرت لنزهة أو زيارة أو سافر بها الزوج لحاجته : فلا تزيد على مدة إقامة المسافرين ثم تعود ، فإن قدر لها مدة في نقلة أو سفر حاجة أو في غيره كاعتكاف =

=استوفتها وعادت لتمام العدة ، ولو انقضت في الطريق كما مر وتعصي بالتأخير إلا لعذر كخوف في الطريق وعدم رفقة ، ولو جهل أمر سفرها بأن أذن لها ولم يذكر حاجة ولا نزهة ولا أقيمي ولا ارجعي ؛ حمل على سفر النقلة كما قاله الروياني وغيره . فرع : لو أحرمت بحج أو قران بإذن زوجها أو بغير إذنه ثم طلقها أو مات ، فإن خافت الفوات كضيق الوقت وجب عليها الخروج معتدة لتقدم الإحرام ، وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك لما في تعيين الصبر من مشقة مصابرة الإحرام ، وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بإذن منه قبل ذلك أو بغير إذن بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج ، سواء أخافت الفوات أم لا لبطلان الإذن قبل الإحرام بالطلاق أو الموت في الأولى ؛ ولعدمه في الثانية ، فإذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقي وقته ، وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودم الفوات . (ولو خرجت إلى غير الدار المألوفة) لها بالسكنى فيها (فطلق وقال : ما أذنت) لك (في الخروج) وقالت : بل أذنت لي (صدق يمينه) لأن الأصل عدم الإذن فيجب عليها الرجوع حالًا إلى المألوفة ، فإن وافقها على الإذن في الخروج لم يجب الرجوع حالًا واختلافها في إذنه في الخروج لغير البلدة المألوفة كالدار (ولو قالت) له : (نقلتني) أي أذنت لي في النقلة إلى موضع كذا فيجب علي العدة فيه (فقال) لها : (بل أذنت) لك في الخروج إليه (لحاجة) عينها فارجعي فاعتدي في الأول (صدق) يمينه (على المذهب) لأنه أعلم بقصده وإرادته ؛ لأن القول قوله في أصل الإذن فكذا في صفته .

تنبيه : لو وقع النزاع بينها وبين الوارث صدقت يمينها ؛ لأن كونها في المنزل الثاني يشهد بصدقها ، ويرجح جانبها على جانب الورثة ولا يرجع على جانب الزوج لتعلق الحق بهما والوارث أجنبي عنهما ؛ ولأنها أعرف بما جرى من الوارث بخلاف الزوج (ومنزل بدوية) بفتح الدال لسكان البادية ، وهو من شاذ النسب كما قاله سيبويه (وبيتها من) نحو (شعر) كصوف (كمنزل حضرية) في لزوم ملازمته في العدة ، ولو ارتحل في أثنائها كل الحي ارتحلت معهم للضرورة ، وإن ارتحل بعض الحي نظر ، إن كان أهلها ممن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد لم يكن لها الارتحال ، وإن ارتحل أهلها وفي الباقين قوة وعدد فالأصح أنها تتخير بين أن تقيم وبين أن ترحل ؛ لأن مفارقة الأهل عُسرة مُوحشة ، وهذا مما تخالف فيه البدوية الحضرية ، فإن أهلها لو ارتحلوا لم ترتحل معهم مع أن التعليل يقتضي عدم الفرق . قال البلقيني : ومحل التخيير في الوفاة والطلاق البائن ، أما الرجعية إذا كان مطلقها في المقيمين واختار إقامتها يسكنها متى شاء أو لا ، وتقدم أن المشهور أنها كغيرها ، وعليه فليس له منعها ولها إذا ارتحلت معهم أن تقيم دونهم في قرية أو نحوها في الطريق لتعتد فإنه أليق بحال المعتدة من السير ، وإن هرب أهلها خوفًا من عدو وأمنت لم يجز أن تهرب معهم ؛ لأنهم يعودون إذا أمنوا .

تنبيه : مقتضى إلحاق البدوية بالحضرية أن يأتي فيها ما سبق من أنه لو أذن لها في الانتقال من بيت في الحلة إلى آخر منها فخرجت منه ولم تصل إلى الآخر هل يجب عليها المضي أو الرجوع ، أو أذن لها في الانتقال من تلك (الحلة) إلى (حلة) أخرى فوجد سبب العدة من طلاق أو موت بين الحلتين أو بعد خروجها من منزل وقبل مفارقة حلتها ، فهل تمضي أو ترجع على التفصيل السابق في الحضرية ، وسكت في الروضة كأصلها عن جميع ذلك .

ولو طلقها ملاح سفينة أو مات وكان مسكنها السفينة اعتدت فيها إن انفردت عن الزوج في الأولى بمسكن =

= فيها بمرافقة لاتساعها مع اشتمالها على بيوت متميزة المرافق ؛ لأن ذلك كالبيت في الخان وإن لم تنفرد بذلك ، فإن صحبها محرم لها يمكنه أن يقوم بتسيير السفينة خرج الزوج معها واعتدت هي فيها ، فإن لم تجد محرما موصوفًا بذلك خرجت إلى أقرب القرى إلى الشط واعتدت فيه ، فإن تعذر الخروج منه تسترت وتنحت عنه بقدر الإمكان (وإذا كان المسكن) ملكًا (له ويليق بها) بأن يسكن مثلها في مثله (تعين) استدامتها فيه ، وليس لأحد إخراجها منه بغير عذر من الأعذار السابقة .

تنبيه : لو كان قد رهن المسكن بدين قبل ذلك ثم حل الدين بعد الطلاق ولم يمكنه وفاؤه من موضع آخر جاز له بيعه وتنقل منه إذا لم يرض المشتري بإقامتها فيه بأجرة المثل كما بحثه الأذرعي ، وقول المصنف : يليق بها ظاهره اعتبار المسكن بحالها لا بحال الزوج وهو كذلك كما في حال الزوجية ، وقول الماوردي يراعى حال الزوجية حال الزوج يخالفه هنا ، قال الأذرعي : لا أعرف التفرقة لغيره (ولا يصح بيعه) أي مسكن المعتدة ما لم تنقض عدتها (إلا في عدة ذات أشهر فكمستأجر) بفتح الجيم أي كبيعه ، ومر في الإجارة صحة بيعه في الأظهر فبيع مسكن المعتدة كذلك ، وزاد على المحرر قوله : (وقيل) بيع مسكنها (باطل) أي قطعًا ، وفرق بأن المستأجر يملك المنفعة والمعتدة لا تملكها فيصير كأن المطلق باعه واستثنى منفعته لنفسه مدة معلومة وذلك باطل . **تنبيه** : محل الخلاف كما قال ابن شهبة حيث لم تكن المعتدة هي المشترية ، فإن كانت صح البيع لها جزمًا ، **أما عدة الحمل والأقراء** : فلا يصح بيعه فيها للجهل بالمدة (أو) كان (مُستعارًا لزمتها) العدة (فيه) ؛ لأن السكنى ثابتة في المستعار ثبوتها في المملوك فشملتها الآية ، وليس للزوج نقلها لتعلق حق الله تعالى بذلك (فإن رجع المعير) فيه (ولم يرض بأجرة) لمثل مسكنها وطلب أكثر منها أو امتنع من الإيجار (نقلت) إلى أقرب ما يوجد .

تنبيه : أفهم كلامه أنه إذا رضي بأجرة المثل امتنع النقل ولزم الزوج بذلها ، وهو ما نقلاه عن المتولي وأقراه وإن توقف فيه الأذرعي فيما إذا قدر على المسكن مجانًا لعارية أو وصية أو نحو ذلك ، ومثل رجوعه خروجه عن أهلية التبرع بجنون أو سفه أو زوال استحقاق بانقضاء إجارة أو موت قال في المطلب : ولم يفرقوا بين كون الإعارة قبل وجوب العدة أو بعدها ، فإن كان بعد وعلم بالحال فإنها تلزم لما في الرجوع من إبطال حق الله تعالى في ملازمة المسكن كما يلزم العارية في دفن الميت ا هـ .

بل صرحوا بذلك في باب العارية (وكذا مستأجر انقضت مدته) ولم يرض مالكه بتجديد أجرة مثل تنقل منه لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » . رواه ابن حبان في صحيحه ، بخلاف ما إذا رضي بذلك فلا تنتقل ، وفي معنى المستأجر الموصى بسكناها مدة وانقضت ، ولو رضي المعير أو المؤجر بأجرة مثل بعد أن نقلت نظرت ، إن كان المنتقل إليه مستعارا ردت إلى الأول لجواز رجوع المعير ، أو مستأجرًا لم ترد ، في أحد وجهين يظهر ترجيحه وقال الأذرعي : إنه الأقرب ؛ لأن في دعواها إلى الأول إضاعة مال أما إذا رضيا بعودها بعارية فلا ترد ؛ لأنها لا تأمن من الرجوع لجواز رجوع المعير كما مر (أو) ملكًا (لها استمرت) فيه جوازًا (وطلبت الأجرة) من المطلق ؛ لأن السكنى عليه فيلزمه الأجرة أي أجرة أقل ما يسعها من المسكن على النص في الأم .

تنبيه : ظاهر كلامه أنه يجب عليها أن تستمر فيه ، وهو ما جزم به صاحب المهذب والتهذيب ، والأصح كما =

=في الروضة أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإجارة أو إعارة جاز وهو أولى ، وإن طلبت الانتقال فلها ذلك ؛ إذ لا يجب عليها بذل مسكنها لا بإجارة ولا بإعارة ولا تجب الأجرة إلا بطلبها ، فإن لم تطلبها ومضت مدة فالأصح القطع بسقوطها ، بخلاف النفقة ؛ لأنها في مقابلة التمكين وقد وجد فلا تسقط بترك الطلب ؛ ولأنها عين تملك لو ثبت في الذمة ، والمسكن لا تملكه المرأة وإنما تملك الانتفاع به في وقت وقد مضى ، وكذا لا تستحق أجرة لو سكنت في منزلها مع الزوج في العصمة على النص إن كانت أذنت له في ذلك ؛ لأن الإذن المطلق العاري عن ذكر العوض منزل على الإعارة والإباحة كما في فتاوى ابن الصلاح : أي إذا كانت مطلقة التصرف كما هو ظاهر .

(فإن كان مسكن النكاح نفيسًا فله) أي الزوج (النقل إلى) أقرب موضع من مسكن النكاح بحسب الإمكان (لائق بها) لأن النفيس غير واجب عليه ، وإنما كان سمح به لدوام الصحبة وقد زالت ، وهل مراعاة الأقرب واجبة أو مستحبة فيه تردد ، وظاهر كلام الأصحاب الوجوب وهو الظاهر كنقل الزكاة إذا عدم الأصناف في البلد وجوزنا النقل فإنه يتعين الأقرب ، وإن رضي ببقائها فيه لزمها (أو) كان (خسيسًا) لا يليق بها (فلها الامتناع) من استمرارها فيه وطلب النقلة إلى لائق بها إذ ليس هو حقها ، وإنما كانت سمحت به لدوام الصحبة وقد زالت (وليس له) أي يحرم عليه ولو أعمى (مساكنتها ولا مداخلتها) في الدار التي تعتد فيها ؛ لأنه يؤدي إلى الخلوة بها وهي محرم عليه ؛ ولأن في ذلك إضرارًا بها وقد قال تعالى : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ أي في المسكن ، وسواء كان الطلاق بائنًا أم رجعيا (فإن كان في الدار) الواسعة التي زادت على سكنى مثلها (محرم لها) ولو برضاع أو مصاهرة (مميز) يستحيي منه ، ولو غير بالغ أو مراهق كما صرح به المصنف في فتاويه حيث قال : ويشترط أن يكون بالغًا عاقلًا ، أو مراهقًا ، أو مميزًا يستحيى منه ، وما نقل عن النص من اشتراط البلوغ وعن الشيخ أبي حامد من المراهقة محمول على الأولى ، وقوله : (ذكر) ليس بقيد بل الأنثى كأختها أو خالتها أو عمتها كذلك إذا كانت ثقة ، فقد صحح في الروضة أنه يكفي حضور المرأة الأجنبية الثقة ، فالمحرم أولى (أو) محرم (له) مميز (أنثى أو زوجة أخرى ، أو أمة ، أو امرأة أجنبية جاز) ما ذكر لانتفاء المحذور ، لكن مع الكراهة لاحتمال النظر ، ولا عبرة بالمجنون والصغير الذي لا يميز ، ويعتبر في الزوجة والأمة أن يكونا ثقتين ، وقيل : لا يشترط ذلك في الزوجة لما عندها من الغيرة ، ويشترط في المحرم أن يكون بصيرًا كما قاله الزركشي ، فلا يكفي الأعمى ، كما لا يكفي في السفر بالمرأة إذا كان محرمًا لها .

تنبيه : يجوز للرجل أن يخلو بامرأتين أجنبيتين ثقتين فأكثر كما نقله الرافعي عن الأصحاب ، وما في الروضة كأصلها في صلاة الجماعة - من أنه لا يخلو بالنساء إلا المحرم - محمول على غير الثقات ليوافق المذكور هنا فإنه المعتمد ، ويحرم كما في المجموع خلوة رجلين أو رجال بامرأة ولو بعدت مواطأتهم على الفاحشة ؛ لأن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل (ولو كان في الدار حجرة) وهي كل بناء محوط أو نحوها كطبقة (فسكنها أحدهما) أي الزوجين (و) سكن (الآخر) الحجرة (الأخرى) من الدار (فإن اتحدت المرافق) للدار وهي ما يرتفق به فيها (كمطبخ ومستراح) ومصب ماء ومرقى سطح ونحو ذلك (اشترط محرم) حذرًا من الخلوة فيما ذكر (وإلا) بأن لم تتحد المرافق ، بل اختص كل من الحجرتين بمرافق (فلا) يشترط محرم ، ويجوز له مساكنتها بدونه ؛ لأنها تصير حينئذ كالدارين المتجاورتين نعم لو كانت =

=المرافق خارج الحجرة في الدار لم يجز ؛ لأن الخلوة لا تمتنع مع ذلك ، قاله الزركشي (وينبغي) أن يشترط كما عبر به في الشرح الصغير ونقله في الروضة وأصلها عن البغوي (أن يغلق ما بينهما) أي الزوجين (من باب) وسده أولى (وأن لا يكون ممر إحداهما) أي الحجرتين بحيث يمر فيه (على) الحجرة (الأخرى) من الدار كما اشترطه صاحب التهذيب والتتمة وغيرهما حذرًا من الوقوع في الخلوة (وسفل) بضم أوله بخطه ، ويجوز كسره (وعلو) بضم أوله بخطه ، ويجوز فتحه وكسره ، حكمهما (كدار وحجرة) فيما ذكر قال في التجريد : والأولى أن يسكنها العلو حتى لا يمكنه الاطلاع عليها .

خاتمة : يكتري الحاكم من مال مطلق لا مسكن له مسكنًا لمعتدته لتعتد فيه إن فقد متطوع به ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم ، فإن أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكتري المسكن من مالها جاز وترجع به ، فإن فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظرت فإن قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع ، وإن قدرت وأشهدت رجعت ، وإن مات زوج المعتدة فقالت : انقضت عدتي في حياته لم تسقط العدة عنها ولم ترث لإقرارها ، قال الأذرعي : وهذا قيده القفال بالرجعية ، فلو كانت بائنًا سقطت عدتها فيما يظهر أخذًا من التقييد بذلك قال : فإن لم يعلم هل كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، فادعت أنه كان رجعيًا وأنها ترث فالأشبه نعم ؛ لأن الأصل بقاء حكم الزوجية » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٥٥/٤ - ١٦٠) : « وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى يعني أن السكنى واجبة للمعتدة المطلقة أي سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا والمحبوسة بسببه بغير طلاق كالمزني بها ومن فسخ نكاحها لفساد أو قرابة أو رضاع أو صهر أو لعان وهي مدخول بها إذ غيرها لا استبراء عليها فلا يتأتى لها سكنى ؛ لكن إنما تجب السكنى لمن حبست حيث اطلع على موجبه قبل موت من الحبس بسببه كأن يطلع على فساد النكاح في حياته وفرق بينهما فتجب لها السكنى ولو مات بعد ذلك كما يأتي في قوله : (واستمر إن مات) أي واستمر المسكن إن مات من الحبس بسببه ، واحترز بذلك عما لو مات قبل العثور على موجب الحبس كما لو فسخ نكاحها بعد موته فلا سكنى لها مدة الاستبراء فقوله : في حياته متعلق بالمحبوسة وأما المطلقة فلها السكنى مطلقًا أي سواء ثبت الطلاق قبل موته أو بعده وتستمر سواء كان حيًا أو مات وعطف المحبوسة على المطلقة من عطف العام على الخاص لشموله ما سبق وغيرها حاملًا أو لا من مطلقة أو مزني بها أو من يخلعها أو مغصوبة أو ممن فسخ نكاحها لفساد بقرابة أو رضاع أو صهر أو لعان بناء على أنه فسخ لا من باب عطف المغاير كما قيل نظرًا للقيد في الثاني وهو محبوسة ولقيد الإطلاق في المطلقة وفيه نظر بل النظر لمطلقة أو محبوسة بسببه فإذا نظرت لمفهوم هذا ومفهوم هذا كان كما قلناه واعترض على تقييد المؤلف السكنى بقوله في حياته بأن ظاهر المدونة أن السكنى لا تتقيد بذلك انظر نصها في الشرح الكبير . وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كرائه . يعني أن المتوفى عنها يقضى لها بالسكنى مدة عدتها بشرطين : الأول : أن يكون الزوج قد دخل بها ، الثاني : أن يكون المسكن الذي هي ساكنة فيه وقت موته للميت بملك أو منفعة مؤقتة أو إجارة وقد نقد كراءه قبل موته ولو نقد البعض فلها السكنى بقدره فقط وحكمها في الباقي حكم من لم ينقد وهذا كله إذا مات وهي في عصمته ، وأما إن مات وهي مطلقة بائنة مستحقة السكنى فهي ثابت لها على كل حال سواء كان المسكن له أو نقد كراءه أم لا ؛ لأنها مطلقة =

= فالسكنى لها بلا شرط وسينبه المؤلف على هذا في قوله واستمر إن مات أي المطلق لا بلا نقد وهل مطلقًا أو إلا الوجيبة تأويلان هذا عطف على ما مر أي والمسكن له بملك أو نقد كراء لا بلا نقد والمعنى أن الزوج إذا مات والمسكن لغيره ولم ينقد كراءه فإنها لا سكنى لها وتدفع أجرة المسكن من مالها وهل مطلقا سواء كان الكراء وجيبة أي مدة معينة أو كان مشاهرة ككل شهر بكذا وهو ظاهر قولها : إن كانت الدار بكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله وعليه حملها الباجي وغيره أو لا سكنى لها في المشاهرة ولها السكنى في الوجيبة وإن لم ينقد الزوج الكراء ؛ لأن الوجيبة تقوم مقام النقد قاله عبد الحق في النكت وعليه حملها بعض القرويين تأويلان . ولا إن لم يدخل بها إلا أن يسكنها إلا ليكفها تقدم أن المتوفى عنها لا سكنى لها إلا إن دخل بها زوجها فلو مات قبل الدخول بها فلا سكنى لها في مال الميت إلا أن يكون أسكنها معه وضمها إليه ولو صغيرة لا يجامع مثلها إلا أن تكون صغيرة لا يدخل بمثلها وإنما أسكنها وضمها إليه ليكفها فقط عما يكره فلا سكنى لها ويكفها بغير لام بعد الفاء كما في التوضيح عن ابن عبد الرحمن والذي حكاه ابن عرفة عن الصقلي عنه ليكلفها من باب الكفالة والحضانة وبعبارة إلا أن يسكنها والمسألة بحالها وهي أن المسكن له أو نقد كراءه وقوله : (إلا أن يسكنها) أي وهي مطيقة للوطء أسكنها ليكفها أم لا ، وقوله (إلا ليكفها) أي وهي غير مطيقة للوطء فنسخة ليكفلها من الكفالة التي هي الحضانة هي الصواب ؛ لأن المسألة مفروضة في الصغيرة التي لا تطيق الوطء إذ هي محل الخلاف فيقيد كلامه بها وفي كلام تت والبساطي نظر .

وسكنت على ما كانت تسكن . أي وسكنت المعتدة من طلاق أو وفاة على حسب ما كانت تسكن مع الزوج فتلزم المكان الذي كان مشتاها ومصيفها في شتائها وصيفها ورجعت له إن نقلها واتهم يعني لو نقلها زوجها إلى غير المنزل الذي كان تعرف بالسكنى فيه ثم طلقها أو مات فإنها ترد إلى المنزل الأول فتعتد فيه ويتهم الزوج على أنه إنما أراد إسقاط حقها من السكنى في العدة في المنزل الأول والعدة حق لله وواو واتهم واو الحال أو واو العطف على نقلها . أو كانت بغيره وإن لشرط في إجارة رضاع وانفسخت يعني أن الزوجة إذا كانت في غير المنزل الأول الذي عرفت بالسكنى فيه بأن كانت خارجة عنه بسبب استئجار ؛ لأجل إرضاع شخص وشرطوا عليها أن ترضعه في دار أهله فطلقها زوجها أو مات عنها فإنها ترجع إلى منزلها الأول وتنفسخ الإجارة لأجل حق الله إن لم يرض أهل الطفل بإرضاعها للطفل في مسكنها فلو كانت قابلة تولد غيرها أو ماشطة فلا يجوز لها أن تبيت عندهم ولو محتاجة كما يؤخذ من قوله في الإحداد والطيب وعمله ولو محتاجة . ومع ثقة إن بقي شيء من العدة إن خرجت ضرورة فمات أو طلقها في كالثلاثة الأيام يعني أن المرأة إذا خرجت مع زوجها إلى حجة الإسلام وهي المراد بالضرورة فمات زوجها أو طلقها بائنًا أو رجعيًا في أثناء الطريق فإنها ترجع إلى منزلها لأجل العدة في صحبة شخص ثقة محرم أو غير محرم أو ناس لا بأس بهم إن كانت سارت شيئًا قليلًا كالثلاثة الأيام ونحوها هذا إن بقي شيء من عدتها بعد وصولها إلى منزلها ولو يومًا واحدًا كما هو ظاهر المدونة أما إن لم يبق من عدتها شيء فإنها لا ترجع ومحل الرجوع ما لم تكن تلبست بالإحرام أو ما لم تكن سارت كثيرًا فإنها لا ترجع وتستمر في ذهابها إلى حجتها فقوله : إن بقي إلخ أي إن بقي شيء من العدة بعد رجوعها إلى مسكنها لا حال الطلاق أو الموت وهذا الشرط ينبغي رجوعه لجميع المسائل التي فيها الرجوع السابقة واللاحقة ولذا لو أخره عن جميعها كان أحسن ، واستشكل قوله : إن =

=بقي شيء مع فرض المسألة أنه مات أو طلق بعد ثلاثة أيام فلا يتصور أن تمضي عدتها فيها ضرورة والحالة هذه وأجيب بأنه يتصور في الحامل إذا حصل لها ما يدل على قرب وضع الحمل ويمكن أن يتصور فيما إذا خرجت عن مسكنها تلك المدة ثم ظهر أنه طلقها سابقًا وبقي من العدة مسافة الطريق فقط فلا ترجع ؛ لأنه لا فائدة في الرجوع حينئذٍ . وفي التطوع أو غيره إن خرج لكرباط لا لمقام وإن وصلت والأحسن ولو أقامت نحو الستة أشهر والمختار خلافه يعني أن المرأة إذا خرجت مع زوجها لحج تطوع أو لرباط أو لجهاد أو لزيارة أو نحو ذلك فطلقها زوجها أو مات عنها فإنها ترجع إلى منزلها لأجل عدتها فيه ولو وصلت إلى المكان الذي قصدته فلو وصلت إليه وأقامت به الستة أشهر فهل ترجع إلى منزلها الأول لتعتد فيه أو لا ترجع فيه خلاف قال ابن عبد السلام : ترجع وهو الأحسن عند ابن عبد الحكم وقال اللخمي : لا ترجع فقوله : وفي التطوع متعلق برجعت وقوله أو غيره أي غير تطوع . الحج من أسفار النوافل والإباحة المشار إليه بقوله : إن خرج لكرباط فهو راجع لقوله أو غيره ، ولو قال : إن خرجت كقوله وصلت لكان أحسن إذ هذا الحكم ثابت ولو خرجت وحدها وقوله : لا لمقام أي انتقال فإنها حينئذٍ لا يجب عليها الرجوع وسيأتي أنها مخيرة في المكان الذي تعتد فيه . وفي الانتقال تعتد بأقربهما أو أبعدهما أو بمكانها هذا مفهوم ، قوله : لا لمقام يعني أنه إذا سافر بها سفر نقلة فمات أو طلقها في أثناء الطريق فإنها مخيرة فإن شاءت اعتدت في أقرب المكانين إليها أي المكان الذي خرجت منه أو المكان الذي خرجت إليه وإن شاءت اعتدت في أبعدهما وإن شاءت اعتدت في المكان الذي مات زوجها أو طلقها فيه وعلل في الموت بأن الزوج مات ولا قرار لها لرفض قرارها ولم تصل إلى قراره بعد والمطلقة طلاقًا بائنًا أو رجعيًا كذلك وبعبارة قرره شراحه على التخيير وظاهر كلام ابن عرفة أن هذه أقوال فإنه ذكر في المسألة ستة أقوال . وعليه الكراء راجعًا أي حيث لزمها الرجوع وكانت معتدة من طلاق ؛ لأنه أدخله على نفسه أمّا لو كان الرجوع جائزًا كما إذا كانت تعتد بأقربهما أو بأبعدهما أو بمكانها فلا شيء عليه قال بعض والجاري على الأصول في المتوفى عنها أن عليه الكراء في الرجوع أو التمادي إن كان نقد وفيما إذا اعتدت بمكان الموت نظر . انتهى ولما كان قوله : فيما مر ورجعت في كل الأقسام مقيدًا بمن طرأ عليها موجب العدة قبل تلبسها بحق الله كما قدمنا نبه على ذلك . بقوله : ومضت المحرمة أو المعتكفة يعني أن المرأة إذا أحرمت بالعمرة أو الحج أو اعتكفت ثم مات زوجها أو طلقها فإنها تمضي على إحرامها وعلى اعتكافها ولا ترجع لمسكنها ويسقط حقها منه أو أحرمت وعصت أي وكذا تمضي في إحرامها إذا أحرمت المعتدة بعد موجب العدة من طلاق أو موت وعصت هذه بإدخال الإحرام على العدة لخروجها من مسكن عدتها ، قال أبو الحسن بخلاف المعتكفة : فإنها لا تنفذ إذا أحرمت وتبقى على اعتكافها حتى تتمه ؛ إذ لو قيل أنها تخرج للحج الذي أحرمت به لبطل اعتكافها ؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد فالإحرام يخل بجملة الاعتكاف ولا يخل بجملة العدة وإنما يخل بمبيتها فقوله : أو أحرمت إلخ أي التي كانت أحرمت والتي كانت اعتكفت والتي أحرمت وعصت فالمعطوف في قوله : أو أحرمت محذوف وليس أحرمت معطوفًا على كان المقدرة ؛ لأن صلة أل لا تكون فعلًا ماضيًا وحذف الموصول وإبقاء صلته جائز كقوله : ومن يهجوه ويمدحه سواء . ولا سكنى لأمة لم تبوأ يعني أن الأمة إذا طلقها زوجها أو مات عنها فإن كانت قد بوئت بيتًا مع زوجها قبل الطلاق أو الموت فلها السكنى وإلا فلا وأعاد هذه المسألة مع فهمها من قوله : سابقًا وسكنت على ما كانت =

= تسكن ليرتب عليه قوله : ولها حينئذٍ الانتقال مع ساداتها يعني أن الأمة إذا طلقها زوجها طلاقًا رجعيًا أو بائنًا أو مات عنها ولم تكن قد بوئت مع زوجها بيتًا وهو معنى قوله : حينئذٍ أي حين لم تبوأ فإنه يقضى لها بالانتقال مع ساداتها إذا انتقلوا ولا كلام لزوجها ؛ لأن حق الخدمة لم ينقطع بالتزويج وأما إن بوئت مع زوجها بيتًا فليس لساداتها أن ينقلوها معهم . كبدوية ارتحل أهلها فقط تشبيه في جواز الانتقال أي يجوز للبدوية أي ساكنة العمود أن تنتقل مع أهلها فقط وأحرى لو ارتحل أهلها وأهل زوجها معًا اجتمعوا أو افترقوا لكن إن اجتمعوا اعتدت مع أهل زوجها وإن افترقوا اعتدت مع أهلها ومفهوم أهلها فقط أنها لو ارتحل أهل زوجها فقط لا ترتحل معهم وهذا إذا كان لكل أهل فإن لم يكن لها أهل اعتدت حيث كانت مع أهل زوجها وبعبارة الصور أربع ؛ لأنه إذا ارتحل أهلها فإما أن يكون عليها إذا بقيت مع أهل زوجها مشقة في لحاقها بأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول ترتحل مع أهلها وفي الثاني لا ترتحل معهم وإذا ارتحل أهل زوجها فقط فإما أن يكون عليها إذا ارتحلت معهم مشقة في عودها لأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول لا ترتحل معهم وفي الثاني ترتحل معهم . ولما ذكر ما يبيح خروج البدوية ذكر ما يبيحه للحضرية وغيرها بقوله : أو لعذر لا يمكن المقام معه بمسكنها كسقوطه أو خوف جار سوء ولزمت الثاني والثالث يعني أنه لو طلقها أو مات عنها فأخذت في العدة ثم حصل لها ضرر في المكان الذي هي فيه لا يمكنها المقام معه فإنها تنتقل إلى غيره والعذر إما سقوطه أو خوفها على نفسها أو مالها لأجل الجار السوء أو لأجل انتقال جيرانها من حولها ووجدت وحشة ، وإذا انتقلت لعذر إلى المكان الثاني صار حكمه كالأول في لزومه كما مر فإن حصل عذر كما مر فإنها تنتقل إلى غيره وهكذا وإذا انتقلت لغير عذر ردت بالقضاء ولو أذن لها المطلق. والخروج في حوائجها طرفي النهار يعني أن المعتدة من وفاة أو طلاق يجوز لها أن تخرج في قضاء حوائجها طرفي النهار أي المحكوم لهما في التصرف بحكم النهار وهما من قبيل الفجر بقليل ومن الغروب للعشاء وأحرى نهارًا وإنما نص على المتوهم وعليه يكون موافقًا للمدونة وظاهر كلام المؤلف أنها لا تخرج في غير حوائجها وظاهر النقل جوازه فإنه قال تخرج للعرس ولا تبيت إلا في بيتها لا لضرر جوار لحاضرة ورفعت للحاكم وأقرع لمن يخرج إن أشكل نبه هنا على أن ضرر الجيران في حق الحاضر قرية أو مدينة لا يكون عذرًا يبيح لها الانتقال إلى غير منزلها ولكنها ترفع أمرها إلى الحاكم فينظر فيه فمن كان ظالمًا كفه عن صاحبه وإن أشكل عليه الأمر فإنه يقرع بينهم فمن خرج السهم عليه أخرجه عن صاحبه ويحترز بالحاضرة من البدوية فإن ضرر الجيران في حقها عذر يبيح لها أن تنتقل من موضعها ونازع ابن عرفة الجماعة في القرعة وارتضى إخراج غير المعتدة انظر نصه وما يرد عليه في الشرح الكبير . وهل لا سكنى لمن سكنت زوجها ثم طلقها قولان يعني أن المرأة إذا تبرعت لزوجها بالسكنى معها في منزلها الذي تملك منفعته ثم إنه طلقها فطلبت منه أجرة السكنى في مدة العدة فامتنع من ذلك فهل يلزمه ذلك ؛ لأن المكارمة قد انقطعت بالطلاق أو لا فيه خلاف ومفهوم الطلاق أنه لو مات عنها لا شيء لها في عدة الوفاة وعادة المؤلف أن يقول في مثل ذلك تردد ؛ لأنه لعدم نص المتقدمين وجعل الشارح محل الخلاف فيمن طاعت بسكنى زوجها معها يقتضي أنه إذا شرط ذلك في العقد لا يكون الحكم كذلك أي فيفسد العقد قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط كما مر عند قوله : أو على شرط يناقض إلخ وهذا هو الظاهر . وسقطت إن أقامت بغيره ضمير سقطت يرجع لأجرة السكنى زمن العدة والمعنى أن المعتدة من طلاق ولو =

= رجعيًا أو وفاة إذا أقامت بغير منزلها الذي لزمها أن تعتد فيه فإنها لا تستحق أجرة السكنى أي إذا طلبت أجرة المنزل الذي خرجت منه ؛ لأنها تركت ما كان واجبًا لها فلا يلزمه بعد ولها عنه عوض وسواء أكرى المنزل الذي خرجت منه أم لا وقال اللخمي : إذا أكراه رجعت بالأقل مما اكترى به الأول أو اكترت وقوله : وسقطت إن أقامت بغيره أي لغير عذر كما هو ظاهر وذكر الشارح عن المدونة ما يفيده » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/١٢٨ - ١٣٠) : « قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها ، إذا كانت حائلًا . رواية واحدة . وإن كانت حاملًا ، فعلى روايتين . وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان . وجه الوجوب قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ . فنسخ بعض المدة ، وبقي باقيها على الوجوب ؛ ولأن النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها ، من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى ، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم ، كما أنها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثُمن التركة أو ربعها ، وجعل باقيها لسائر الورثة ، والمسكن من التركة ، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ؛ ولأنها بائن من زوجها ، فأشبهت المطلقة ثلاثًا . وأما إذا كانت حاملًا ، وقلنا : لها السكنى ؛ فلأنها حامل من زوجها ، فوجب لها السكنى . قياسًا على المطلقة . فأما الآية التي احتجوا بها ، فإنها منسوخة .

وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى ، فقضية في عين ، يحتمل أنه ﷺ علم أن الوارث يأذن في ذلك ، أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ، ويتقيد ذلك بالإمكان ، وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به ، فإذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء ، من رأس مال المتوفى ، ولا يباع في دينه بيعًا يمنعها السكنى ، فيه حتى تقضي العدة ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، وإن تعذر المسكن ، فعلى الوارث أن يكتري لها مسكنًا من مال الميت ، فإن لم يفعل ، أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر ، كما ذكرنا . وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه ؛ لم يجز ؛ لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى ؛ لأنها تجب للعدة ، والعدة يتعلق بها حق الله تعالى ، فلم يجز اتفاقهما على إبطالها ، بخلاف سكنى النكاح ؛ فإنها حق لهما ؛ ولأن السكنى هاهنا من الإحداد ، فلم يجز الاتفاق على تركها ، كسائر خصال الإحداد . وليس لهم أن يخرجوها ، إلا أن تأتي بفاحشة مبينة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ . وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه . روي ذلك عن ابن عباس . وهو قول الأكثرين . وقال ابن مسعود ، والحسن : هي الزنى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ . وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنى ، ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضي الإخراج عن السكنى ، وهذا لا يتحقق فيما قالاه . وأما الفاحشة فهي اسم للزنى وغيره من الأقوال الفاحشة ، يقال : أفحش فلان في مقاله .

ولهذا روي عن النبي ﷺ أنه قالت له عائشة : يا رسول الله ، قلت لفلان : بئس أخو العشيرة . فلما دخل ألنت له القول . فقال : « يا عائشة ، إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش » . إذا ثبت هذا ، فإن الورثة =

= يخرجونها عن ذلك المسكن ، إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم ، أو لم يمكن نقلها إلى غيره في الدار ، ولم يتخلصوا من أذاها بذلك ، فلهم نقلها .
وقال بعض أصحابنا : ينتقلون هم عنها ؛ لأن سكناها واجب في المكان ، وليس بواجب عليهم . والنص يدل على أنها تخرج ، فلا يعرج على ما خالفه ؛ ولأن الفاحشة منها ، فكان الإخراج لها . وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ، ويفحشون عليها ، نقلوا هم دونها ، فإنها لم تأت بفاحشة ، فلا تخرج بمقتضى النص ؛ ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج . وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه ، لزمها الاعتداد به ، وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة ، وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها ، فيلزمها الاعتداد به ، فإن حوَّلها صاحب المكان ، أو طلب أكثر من أجرة المثل ، فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن ؛ لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها إليه ، فلها ذلك ؛ لأن سكناها به حق لها ، وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به ، هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذي كانت به لأبويها ، أو لأحدهما ، أو لغيرهم . وإن كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها ، والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة ، جاز ، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكنها غيرها ، وتنتقل عنها ، فلها ذلك ؛ لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها ، وعليهم إسكانها .
فأما إذا قلنا : ليس لها السكنى . فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن زوجها ، أو السلطان أو أجنبي ، لزمها الاعتداد به ، وإن منعت السكنى به ، أو طلبوا منها الأجرة ، فلها أن تنتقل عنه إلى غيره ، كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة ، وسواء قدرت على الأجرة ، أو عجزت عنها ؛ لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن . وإن كانت في مسكن لزوجها ، فأخرجها الورثة منه ، وبذلوا لها مسكنًا آخر ، لم تلزمها السكنى . وكذلك إن أخرجت من المسكن الذي هي به ، أو خرجت لأي عارض كان ، لم تلزمها السكنى في موضع معين سواه ، سواء بذله الورثة أو غيرهم ؛ لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه ، لا في غيره .
وكذلك إذا قلنا : لها السكنى ، فتعذر سكناها في مسكنها وبذل لها سواه . وإن طلبت مسكنًا سواه ، لزم الورثة تحصيله ، بأجرة أو بغيرها ، إن خلف الميت تركة تفي بذلك ، ويقدم ذلك على الميراث ؛ لأنه حق على الميت ، فأشبه الدين ؛ فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ، ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء ؛ لأن حقها مساو لحقوق الغرماء ، وتستأجر بما يصيبها موضعًا تسكنه . وكذلك الحكم في المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ، ثم طلقها ، فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء ، إذا كانت حاملًا . فإن قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء ؛ لأنه أسبق ، قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها ، فشاركت الغرماء فيه ، كما لو أتلف المفلس مالًا لإنسان أو جنى عليه ، وإن مات ، وهي في مسكنه ، لم يجز إخراجها منه ؛ لأن حقها تعلق بعين المسكن ، قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه ، فكان حقها مقدمًا كحق المرتهن . وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن ، وتترك السكنى لها مدة العدة ، لم يجز ؛ لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملًا ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة . وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى ، لم يكن لهم ذلك . وإن أرادوا التعليم بخطوط ، من غير نقض ولا بناء ، جاز ؛ لأنه =

= لا ضرر عليها فيه .
وإذا قلنا : إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها . فإنها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ، إن كانت حاملًا ، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء ، وقلنا : لها السكنى . ضربت بمدة عادتها في القروء ، فإن لم تكن لها عادة ، ضربت بغالب عادات النساء ، وهو تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة أشهر ، لكل قرء شهر ، أو بما بقي من ذلك ، إن كان قد مضى من مدة حملها شيء ؛ لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء ، فإذا ضربت بذلك ، فوافق الصواب ، فلم تزد ولم تنقص ، استقر الحكم ، وتستأجر بما يحصل لها مكانًا تسكنه . وإذا تعذر ذلك ، سكنت حيث شاءت ، وإن كانت المدة أقل مما ضربت به ، مثل إن وضعت حملها لستة أشهر ، أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين ، فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه . وإن طالت العدة أكثر من ذلك ، مثل ذلك مثل إن وضعت حملها في عام ، أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام ، رجعت بذلك على الغرماء ، كما يرجعون عليها في صورة النقص . ويحتمل أن لا ترجع به ، ويكون في ذمة زوجها ؛ لأننا قدَّرنا ذلك مع تجويز الزيادة ، فلم تكن لها الزيادة عليه » .
وجاء فيه أيضًا (١٣٢/٨) : « وإذا كانت المبتوتة حاملًا ، وجب لها السكنى ، رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فيه ، وإن لم تكن حاملًا ففيها روايتان ؛ إحداهما : لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاووس ، والحسن ، وعمرو بن ميمون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود .
والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . فأوجب لهن السكنى مطلقًا ، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .
ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة ، وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه . فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر ، وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة ، لا ندري أصدقت أم كذبت .
وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ، ، وقال : إنها كانت في مكان وحش ، فخيف على ناحيتها ؟ ، وقال : سعيد بن المسيب ، تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسنة ، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى . قلنا : أما مخالفة الكتاب ، فإن فاطمة لما أنكروا عليها ، قالت : بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ . فأي أمر يحدث بعد الثلاث ، فكيف تقولون : لا نفقة لها ، إذا لم تكن حاملًا فعلام تحبسونها ، فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ، وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا . فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر ، قال ولكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة .
وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بخبر فريعة ، وهي امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ في =

١٧٥٢ - اعلم أن الفرقة بين الزوجين : إما أن تكون بغير وفاة الزوج ، أو بوفاته .

فإن كان الثاني : فسيأتي حكمه في شرح مادة (٣٣١) .

وإن كان الأول : فإما أن تكون من قِبل الرجل ، أو من قِبل المرأة . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون سبب الفرقة معصية ، أو غير معصية . **فتنتج صور أربع** :

= كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملًا ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل ، على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول .
وأما تأويل من تأول حديثها ، فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك ، وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء ، وقد رد على من رد عليها ، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب ، لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث .
وقول عائشة : إنها كانت في مكان وحش . لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل بغير ذلك ، فقال : « يا ابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة » . هكذا رواه الحميدي ، والأثرم ؛ ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ، ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة . ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنكرت على من أنكر عليها ، وردت على من رد خبرها ، أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها ؛ لمعرفتها بنفسها ، وموافقتها ظاهر الخبر ، كما في سائر ما هذا سبيله .
قال أصحابنا : ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق ، سواء قلنا : لها السكنى . أو لم نقل ، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكن مثلها ، والمستحب إقرارها ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ ؛ ولأن فيه خروجًا من الخلاف ، فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى ، يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها ، فإن كانت في بيت يملك الزوج سكناه ، ويصلح لمثلها ، اعتدت فيه ، فإن ضاق عنهما ، انتقل عنها وتركه لها ؛ لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه ، وإن اتسع الموضع لهما ، وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة أو علو الدار أو سفلها ، وبينهما باب مغلق ، سكنت فيه ، وسكن الزوج في الباقي ؛ لأنهما كالحجرتين المتجاورتين ، وإن لم يكن بينهما باب مغلق ، لكن لها موضع تتستر فيه ، بحيث لا يراها ، ومعها محرم تتحفظ به ، جاز ؛ لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، ويكره في الجملة ؛ لأنه لا يؤمن النظر ، وإن لم يكن معها محرم ، لم يجز ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ؛ فإن ثالثهما الشيطان » . وإن امتنع من إسكانها ، وكانت ممن لها عليه السكنى ، أجبره الحاكم ، فإن كان الحاكم معدومًا ، رجعت على الزوج ، وإن كان الحاكم موجودًا ، فهل ترجع ، على روايتين . وإن كان الزوج حاضرًا ، ولم يمنعها من المسكن ، فاكترت لنفسها موضعًا ، أو سكنت في موضع تملكه ، لم ترجع بالأجرة ؛ لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد .
وإن عجز الزوج عن إسكانها ؛ لعسرته ، أو غيبته ، أو امتنع من ذلك مع قدرته ؛ سكنت حيث شاءت .
وكذلك المتوفى عنها زوجها ، إذا لم يسكنها ورثته ؛ لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مَائه ، فإذا لم تفعل ، لم يلزمها ذلك » .

١٧٥٣ - **الصورة الأولى** : أن تكون الفرقة من قبل الزوج ، وكان سبب الفرقة غير معصية .

١٧٥٤ - **الثانية** : أن تكون الفرقة من قبل الزوج ، وسبب الفرقة معصية. وفي هاتين الحالتين تجب النفقة بأنواعها الثلاثة ، وهي : الطعام ، والكسوة ، والسكنى ما دامت المرأة في العدة ، قصر الزمن أو طال .

١٧٥٥ - **ويبنى على ذلك** : أن المرأة تجب لها النفقة ما دامت في العدة في المسائل الآتية .

١٧٥٦ - **أولاً** : للمطلقة . فإذا طلق الرجل زوجته ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ، وسواء كانت المرأة حاملًا أو حائلًا ، أي : غير حامل ؛ لأن سبب الفرقة آت من جهته

١٧٥٧ - **ثانيًا** : للملاعنة . فإذا قذف الرجل زوجته بصريح الزنى ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وتلاعن الزوجان ، وفرق الحاكم بينهما ، وجبت عليها العدة ، ولها النفقة ما دامت فيها ؛ لأن هذه الفرقة أتت من قبله ، وإن كان لها دخل فيها ؛ لكنه هو سبب لحصول القذف منه أولًا ، فهي مضطرة للدفاع عن شرفها وعرضها .

١٧٥٨ - **ثالثًا** : للمبانة بالإيلاء . فإذا قال الرجل لزوجته : واللَّه لا أقربك أربعة أشهر . مضت هذه المدة ولم يَقْربها فيها ، بانت منه ، وتلزمها العدة، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنه هو السبب في الفرقة .

١٧٥٩ - **رابعًا** : للمبانة بالخلع . فإذا قال الرجل لزوجته : خالعتك في نظير عشرين جنيهًا (مثلًا) . فقبلت وقع الطلاق البائن ، ولزمتها العدة . فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنه هو السبب في هذه الفِرقة ، وإن كان لها دخل فيها بالقبول إذ لو لم تقبل لم يقع الطلاق . ولكن محل وجوب نفقة العدة على الزوج في هذه الصورة إذا لم تحصل البراءة منها وقت الخلع ، بأن قال لها : خالعتك على كذا ونفقة العدة . فقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ، ولا تلزمه نفقة العدة لرضاها بسقوطها وهي حقها ، فتسقط . وقد تقدم هذا في الخلع .

١٧٦٠ - **خامسًا** : للمبانة بإبائه عن الإسلام . فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة ، وعرض الإسلام على الزوج ، فامتنع وفرق القاضي بينهما ، وجبت عليها العدة ، ولزمته النفقة ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة إذا لو أسلم بقيتْ الزوجة إذا

لم يكن هناك مانع آخر من بقائها ، كأن تكون مَحْرمًا له بالنسبة للديانة الإسلامية .

١٧٦١ - **سادسًا** : لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ . فإذا زوَّج غير الأب والجد الصغير ، وعند بلوغه اختار فسخ هذا العقد ، انفسخ ، ولزمت المرأة العدة ، فتجب لها النفقة ما دامت فيها ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة .

١٧٦٢ - **سابعًا** : للمبانة بردته . فإذا كان الزوجان مسلمين ، وارتد الزوج ، أي : خرج عن دين الاسلام والعياذ باللّٰه تعالى ؛ انفسخ عقد الزواج، ولزمت المرأة العدة ، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ، لأنه هو السبب فيها ، ولا شك في أن هذه فرقة سببها معصية الزوج .

١٧٦٣ - **ثامنًا** : للمبانة بفعل الزوج بأصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . فإذا زنى الزوج بأم زوجته أو بنتها أو لمس واحدة منهما بشهوة، حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة عند أبى حنيفة وأصحابه ، ولزمتها العدة ، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنها فُرقة أتت من قِبله ، ولا شك في أن هذه أيضًا سببها معصية الزوج .

١٧٦٤ - ولا يخفى عليك أنه لا بد أن تكون هذه الأشياء حصلت بعد الدخول ؛ إذ لو كانت قبله فلا تجب عليها عدة ، فلا تجب على الزوج نفقة . فتجب النفقة للزوجة على الزوج في كل هذه الصور ما دامت في العدة ، سواء كانت العدة بالأشهر إن لم تكن المرأة من ذوات الحيض ، أو بالحيض إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملًا .

وإنما وجبت لها النفقة في هذه الصور على الزوج ما دامت في العدة ؛ لأن النفقة جزاء الاحتباس ، وهي محبوسة في حكم هو المقصود من الزواج وهو الولد ؛ إذ العدة واجبة في هذه الأحوال لصيانته ، فتجب النفقة [1] .

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٧٧) أ - تستحق المعتدة من طلاق أو فسخ نفقة عدتها ما لم يكن الفسخ بسبب محظور من قبلها .

ب - تستحق المعتدة الحامل نفقة عدتها حتى تضع حملها .

المادة (٧٩) تسقط نفقة المعتدة من طلاق رجعي بخروجها من بيت الزوجية دون عُذر شرعي .

(مادة ٣٢٤)

كُلُّ فُرْقَةٍ وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجَةِ بِلا مَعْصِيَةٍ مِنْهَا لا تُوجِبُ سُقُوطَ النَّفَقَةِ . فَتَجِبُ لِلْمُعْتَدَّةِ بِخِيَارِ بُلُوغٍ ، أَوْ عَدَمِ كَفَاءَةٍ ، أَوْ نُقْصَانِ مَهْرٍ ، وَلامْرَأَةِ الْعِنِينِ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا (١) .

* * *

١٧٦٥ - **الصورة الثالثة** : أن تكون المرأة هي السبب في الفُرقة ، ولكن السبب غير معصية . وفي هذه الصورة تجب لها النفقة أيضًا .

وينبني على ذلك وجوب النفقة في الأحوال الآتية :

أولًا : لمن اختارت نفسها بالبلوغ . فإذا زوج الصغيرة غير الأب والجد بكفء ، ودفع مهر المثل ، فالعقد صحيح ، ولكن لهذه الصغيرة عند البلوغ اختيار نفسها . فإذا اختارت نفسها ، وفسخت العقد ، ورفعت الأمر إلى القاضي وحكم بالفسخ ، لزمتها العدة ووجبت لها النفقة ما دامت فيها ؛ لأن هذه الفُرقة وإن كانت من جهتها لكنها ليست معصية .

ثانيًا : إذا زوجت المكلفة نفسها لرجل ، واشترطت كفاءته لها أو أخبرها بأنه كفء ، ثم تبين أنه غير كفء ، وفسخت العقد ، فلها النفقة ما دامت في العدة ؛ لأن الفرقة وإن كانت من قبلها إلا أنها محقة فيها .

ثالثًا : إذا زوجت المكلفة نفسها لكفء ، ودفع أقل من مهر المثل بلا رضا وليها العاصب قبل العقد ، فطلب الولى من الزوج تتميم مهر المثل، فامتنع وفسخ العقد ، وجبت العدة ونفقتها .

رابعًا : إذا تزوجت امرأة رجلًا ، فوجدته عنينًا ، ورفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق ، وبعد التحريات الشرعية اللازمة خيرها القاضي، فاختارت نفسها ، وجبت لها النفقة ما دامت في العدة ؛ لأنها محقة في طلب الفُرقة .

ولا بد أن تكون الفُرقة في هذه الأشياء بعد الدخول أو الخلوة ؛ إذ لو كانت قبلهما فلا عدة فلا نفقة .

١٧٦٦ - وإنما وجبت النفقة في هذه الصور وإن كانت الفرقة من جهتها ؛ لأنها

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

حبست نفسها بحق ، فلا تسقط نفقتها ، كما إذا حبست نفسها عنه ؛ لعدم استيفائها معجل صداقها ، فإن النفقة لا تسقط أيضًا ؛ لأنها محقة في هذا المنع .

١٧٦٧ - **ومحل استحقاق المعتدة للنفقة** : إذا لم تخرج من بيت العدة، فإن خرجت ، سقطت نفقتها ما دامت على النشوز . فإن عادت إلى بيت الزوج ، عادت النفقة [١] .

(مادة ٣٢٥)

كُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ وَكَانَتْ بِمَعْصِيَتِهَا ، تُوجِبُ سُقُوطَ النَّفَقَةِ . فَلا تَجِبُ : لِلْمُعْتَدَّةِ لِفُرْقَةٍ نَاشِئَةٍ عَنْ رِدَّتِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ أَوِ الْخَلْوَةِ بِهَا ، أَوْ عَنْ فِعْلِهَا طَائِعَةً مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ بِأَصْلِ زَوْجِهَا أَوْ بِفَرْعِهِ . وَإِنَّمَا تَكُونُ لَهَا السُّكْنَى إِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِ الْعِدَّةِ [٢] .

* * *

١٧٦٨ - **الصورة الرابعة** : أن تكون هي السبب في الفرقة ، وهو معصية. وفي هذه الحالة تسقط نفقتها .

١٧٦٩ - **وينبني ذلك سقوطها في الأحوال الآتية** :

أولًا : إذا ارتدت ، أي : خرجت عن دين الاسلام ، فلا نفقة لها ولو في العدة .

ثانيًا : إذا فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، بأن قبلت أباه أو ابنه بشهوة أو مكنته من نفسها ؛ لأنها تحرم على زوجها حرمة مؤبدة بفعل هذه

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي** : «سقوط النفقة عن المكلف بها تسقط النفقة عن المكلف بها بأحد الأسباب التالية : « إذا انتهت العلاقة الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوع الطلاق البائن ، وبانتهاء العدة من الطلاق الرجعي مالم تكن المرأة حاملًا فتبقى لها النفقة إلى حين وضعها وبعده تمتد نفقة الولد إلى حين سقوطها عن المكلف بها شرعًا .

« إذا خرجت المطلقة رجعيًا من بيت عدتها بدون عذر ولا رضى زوجها » .

« إذا بلغ الولد عاقلًا قادرًا على الكسب » .

« إذا تزوجت البنت ووجبت نفقتها على الزوج » .

« إذا كان للولد الصغير - ذكرا كان أم انثى - مال أو عمل يكفيه لتسديد نفقته » .

« إذا تحمل بها غير الملزم بها كالأم أو والدها أو الغير كما في الطلاق الخلعي » .

(٢) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .

الأشياء عند أبي حنيفة وأصحابه كما تقدم مرارًا ، فتسقط وإن كانت في العدة ؛ لأن سبب الفرقة معصية من جهتها ، ولكن محل سقوط نفقتها في هذه الحالة إن كانت طائعة . فلو أكرهت على تمكينه منها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها مضطرة في ذلك .

وأنت خبير بأن هذا لا بد أن يكون بعد الدخول أو الخلوة كما تقدم . وإنما سقطت النفقة في هذه الصورة ؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشزة فتسقط نفقتها ، والنفقة الساقطة في هذه الصورة هي الطعام والكسوة .

أما السكنى فلا تسقط ؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها ، فهو حق الله ، فلا يسقط بمعصيتها . وأما النفقة فواجبة لها، فتجازى بسقوطها لمعصيتها .

(مادة ٣٢٦)

كُل امْرَأَةٍ بَطَلَتْ نَفَقَتُهَا بِالْفُرْقَةِ لا تَعُودُ لَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ زَالَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ . فَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمُبَانَة بِالرِّدَّةِ وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ ، فَلا تَعُودُ لَهَا نَفَقَتُهَا ، بِخِلافِ الْمُطَلَّقَةِ نَاشِزَةً إِذَا تَرَكَتِ النُّشُوز وَعَادَتْ إِلَى بَيْتِ الزَّوْجِ ، كَانَ لَهَا أَخْذُ النَّفَقَةِ (١) .

* * *

١٧٧٠ - ومتى سقطت النفقة في هذه الصورة الأخيرة ، لا تعود وإن زال السبب المسقط لها . فإذا ارتدت الزوجة ، سقطت نفقتها كما علمته . فإذا فرض أنها أسلمت والعدة باقية ، فلا تستحق شيئًا من النفقة أيضًا ؛ لأنها سقطت بالردة ، والساقط لا يعود ، ولكن إذا نشزت المرأة ، أي : خرجت عن طاعة زوجها بغير حق ، فطلقها ثم تركت النشوز وعادت إلى بيت الزوج ، استحقت عليه النفقة .

١٧٧١ - **وقال بعضهم في الفرق بينهما** : إنها في الصورة الأولى إذا عادت يكون من باب عود الساقط وهو لا يعود ، وفي الصورة الثانية من باب زوال المانع ، ومتى عاد الممنوع وهذا غير ظاهر ؛ إذ الظاهر اشتراكهما في حكم واحد .

قال في فتح القدير نقلًا عن شرح الطحاوي : الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ؛ ثم صارت إلى حال لا نفقة لها ، فلها أن تعود وتأخذ النفقة ، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت ، فليس لها نفقة بعده .

(١) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .

وأورد عليه : ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ، ثم عادت إلى المنزل في العدة ، فإنها تعود نفقتها .

١٧٧٢ – **وأجيب** : بأن النفقة كانت واجبة ، إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها ، فلها أن تعود فتأخذه . وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور ، وهو وجيه .

(مادة ٣٢٧)

الْمُرَاهَقَةُ الَّتِي اعْتَدَّتْ بِالأَشْهُرِ ، وَرَأَتِ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّهَا ، لَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ الْجَدِيدَةِ الَّتِي وَجَبَ عَلَيْهَا اسْتِئْنَافُهَا بِالإِقْرَارِ .

وَكَذَلِكَ مَنْ حَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ ارْتَفَعَ عَنْهَا الدَّمُ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَامْتَدَّ طُهْرُهَا وَصَارَتْ مَجْبُورَةً عَلَى اسْتِمْرَارِ عِدَّتِهَا بِالْحَيْضِ ، لَهَا النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ إِلَى أَنْ يَعُودَ دَمُهَا وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ ، أَوْ تَبْلُغَ سِنَّ الْيَأْسِ وَتَعْتَد بِالأَشْهُرِ بَعْدَهُ (١) .

* * *

١٧٧٣ – فقد علمت أنه متى وجبت النفقة للمعتدة ، ولم يحصل منها في أثناء العدة ما يسقطها ، استمر هذا الوجوب إلى أن تنقضي ولو طال زمنها . **ويبنى على ذلك ما يأتي** :

١٧٧٤ – **أولًا** : إذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض بأن كانت مراهقة ، أي : قريبة من البلوغ ، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها ، ولزمتها العدة ؛ فإنها تعتد بالأشهر ؛ لأنها لم تر الحيض أصلًا . فإذا فرض أنها رأت الدم قبل انقضاء الأشهر الثلاثة التي هي عدتها ولو بيوم واحد ؛ وجب عليها استئناف العدة ، وتعتد بالحيض ، وحينئذٍ تجب لها النفقة في العدة المستأنفة حتى تنقضي بأن تحيض ثلاث حيض .

١٧٧٥ – **ثانيًا** : إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ، بأن رأته في عمرها ولو مرة ، ثم حصلت الفُرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة ، لزمتها العدة بالإقراء . فإن عاد لها دم الحيض ، اعتدت به . وإذا لم يعد فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة على المفتى به ، وتعتد بعده بثلاثة أشهر ، وحينئذٍ تجب لها النفقة على زوجها ما دامت لم تنقض عدتها . وقد تقدمت لك هذه المسألة والخلاف فيها في شرح

(١) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .

مادة (٣١٤) فراجعه فإنه مفيد [1] .

(مادة ٣٢٨)

إِذَا لَمْ يَفرِضِ الزَّوْجُ لِمُطَلَّقَتِهِ نَفَقَةً في عِدَّتِهَا ، وَلَمْ تُخَاصِمِ الْمُعْتَدَّةُ فِيهَا ، وَلَمْ يَفرِضِ الحَاكِمُ لَهَا شَيْئًا حَتَّى انقَضَتِ الْعِدَّةُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا .

* * *

١٧٧٦ - ثم إن المرأة إن لم تطلب نفقة العدة ، فلا كلام لنا ؛ لأنها حقها .

١٧٧٧ - وإن طلبتها ، فإن أعطاها لها الزوج ؛ فلا كلام لنا أيضًا في جميع الصور الآتية ؛ لأنه رضي بإعطاء شيء من ماله ، فلا يعارض ، سواء كان واجبًا عليه أو غير واجب .

١٧٧٨ - وأما إذا لم يعطها : فإما أن تكون العدة باقية ، أو انقضت .

فإن كانت باقية ، ورفعت أمرها إلى القاضي : فرض لها النفقة ، وأمره بدفعها . فإن امتثل فبها ، وإن امتنع نفذ عليه جبرًا .

وأما إذا كانت العدة وقت طلبها قد انقضت : فإما أن تكون النفقة غير مقضي بها ولا متراضًى عليها ، أو تكون مقضيًّا بها ، أو متراضى عليها .

١٧٧٩ - **فإن كان الأول** : فلا حق لها في هذا الطلب ؛ لأن النفقة لا تصير دينًا إلا بالقضاء أو الرضا ، ولم يحصل واحد منهما والسبب الموجب لها وهو العدة قد انتهي ، فلا تجاب إلى طلبها .

(مادة ٣٢٩)

النَّفَقَةُ الْمَفْرُوضَةُ لِلْمُعْتَدَّةِ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِحُكْمِ الْقَاضِي لا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْعِدَّةِ مُطْلَقًا .

* * *

١٧٨٠ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا كانت النفقة مقضيًّا بها أو متراضى عليها :

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : لا نفقة لعدة الوفاة : المادة (١٤٤) : ليس للمرأة التي توفي زوجها كانت حاملًا أو غير حامل نفقة عدة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٨) لا نفقة لمعتدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة .

فإما ألا تكون مستدانة بأمر الزوج أو أمر القاضي ، أو مستدانة بأمر واحد منهما .

فإن لم تكن مستدانة : اختلفت أقوال الفقهاء ، فبعضهم يقول : إنها تسقط . مستدلا بأن سبب استحقاق هذه النفقة هي العدة ، والمستحق بهذا السبب في حكم العلة ، فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة .

وبعضهم يقول : لا تسقط . مستدلًّا بأنها صارت دينًا ، والدين لا يسقط وإن سكت الدائن عن طلبه في وقت استحقاقه له .

وقد اختلف في ترجيح أحد هذين القولين ، ولكن الظاهر الثاني ، وهو عدم السقوط وعليه العمل .

۱۷۸۱ - ومثل هذه في الحكم ما إذا كانت مستدانة لا يأمر الزوج وأمر القاضي . فإن كانت مستدانة بأمر الزوج ، فلا تسقط . وحينئذٍ فلها أخذها منه ؛ لأن استدانتها بأمره كاستدانته بنفسه . ومثله ما إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ؛ لأنه له الولاية عليه ، فكأنه هو الآمر .

(مادة ۳۳۰)

لا تَجِبُ النَّفَقَةُ بِأَنْوَاعِهَا لِلْحُرَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، سَوَاءٌ كَانَتْ حَائِلًا أَوْ حَامِلًا [1] .

* * *

۱۷۸۲ - **وأما الثاني** : وهو ما إذا كانت الفرقة بوفاة الزوج ، فلا نفقة للمعتدة مطلقًا ، أي : سواء كانت المرأة حاملًا أو غير حامل .

وبعضهم يقول : لها النفقة إن كانت حاملًا . واستدل بما في الظهيرية : وإذا أنفق الوصي على الحامل للحمل فضمنوه ، يرجع على المرأة بما أنفق إلا أن يكون بإذن القاضي ؛ لأن عليًا وشريحًا يريان ذلك للحمل من جميع المال .

۱۷۸۳ - وإنما لم تجب النفقة لمعتدة الوفاة ؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق الشرع ، فإن التربص عبادة منها ، ألا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض ، فلا تجب نفقتها ؛ ولأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة . هكذا قال الفقهاء .

ولأن المتوفَّى غالبًا يترك شيئًا ، فترث منه زوجته ، فتنفق على نفسها مما ورثته .

---

(۱) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .




الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الرابع : في الأولاد




الباب الأول
في ثبوت النسب

الفصل الأول
في ثبوت نسب الولد المولود
حال قيام النكاح الصحيح

(مادة ٣٣١)

أَقَلُّ مُدَّةِ حَمْلٍ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، وَغَالِبُهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، وَأَكْثَرُهَا سَنَتَانِ شَرْعًا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢١١/٣ ، ٢١٢) : « أقل مدة الحمل ستة أشهر ؛ لقوله ﷻ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ جعل الله تعالى ثلاثين شهرًا مدة الحمل والفصال جميعًا ، ثم جعل ﷻ الفصال وهو الفطام في عامين بقوله تعالى : ﴿ وَفِصَٰلُهُ فِى عَامَيْنِ ﴾ فيبقى للحمل ستة أشهر ، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس ﵄ ؛ فإنه روى : أن رجلًا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر ، فهمَّ عثمان ﵁ برجمها ، فقال ابن عباس ﵄ : أما إنه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، قال الله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال سبحانه : ﴿ وَفِصَٰلُهُ فِى عَامَيْنِ ﴾ أشار إلى ما ذكرنا ؛ فدل أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها سنتان عندنا . وعند الشافعي أربع سنين ، وهو محجوج بحديث عائشة ﵂ أنها قالت : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » والظاهر أنها قالت ذلك سماعًا من رسول الله ﷺ ؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافًا وتخمينًا ؛ فتعين السماع ، وأصل آخر : أن كل مطلقة لم تلزمها العدة بأن لم تكن مدخولًا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه منه ، وهو أن تجيء به لأقل من ستة أشهر ، وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه ليس منه ، وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه فكان النكاح من كل وجه زائلًا بيقين ، وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله ، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا أن العلوق وجد في حال الفراش ، وأنه وطئها وهي حامل منه ؛ إذ لا يحتمل أن يكون بوطء بعد الطلاق ؛ لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر ، فكان من وطء وجد على فراش الزوج ، وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه ، فإذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا لم يستيقن بكونه مولودًا على الفراش ؛ لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق ، والفراش كان زائلًا بيقين فلا يثبت مع الشك ، وعلى هذا يخرج ما إذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر مذ طلقها أنه يلزمه ؛ لتيقننا بعلوقه حال قيام النكاح ، وإذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك ، ويستوي في هذا الحكم ذوات الأقراء وذوات الأشهر » .

١٧٨٤ - قال تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ﴾ (١) . فمن تأمل في هذه الآية ، ظهر له جليًا حكمة قصر المرأة في التزوج على رجل واحد ، إذ بهذا يمكن كل شخص أن يعرف من انتسب إليه من أي جهة كانت ، فبالتوالد تتكون الشعوب والقبائل ويقوم كلٌّ بما يلزم الآخر من التربية والنفقة والخدمة وغيرها عند الاحتياج ، ولذا عنى الفقهاء بثبوت النسب وبينوا أحكامه أتم بيان .

١٧٨٥ - ولما كان لا يتأتى إلا بعد الحمل في مدة مخصوصة استنبطوها من الكتاب

= **قول الشافعية** : جاء في الإقناع ٣٥٣/١، ٣٥٤ : « (وأقل) زمن (الحمل) (ستة أشهر) ولحظتان : لحظة للوطء ، ولحظة للوضع من إمكان اجتماعهما بعد عقد النكاح (وأكثره) أي زمن الحمل (أربع سنين) وغالبه تسعة أشهر للاستقراء كما أخبر بوقوعه الشافعي ، وكذا الإمام مالك . حكي عنه أيضًا أنه قال : جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة ، تحمل كل بطن أربع سنين ، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢٥٦/١ ، ٢٥٧) : « أقلها ستة أشهر وفي أكثرها أقوال ، ورجح بعضهم أنها خمسة أعوام ، أما كون أقلها ستة أشهر فقوله تعالى ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال في الآية الأخرى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . وقال أيضًا : ﴿ وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ فالآية الأولى أعلمت أن مدة الحمل والرضاع معًا ثلاثون شهرًا ، فإذا انقضت الثلاثون كمل الحمل ، وحصل الفصال وهو الفطام ، والثانية ، والثالثة أعلمتا أن مدة الرضاع وحده حولان كاملان ، وإذا كانت مدة الرضاع وحده حولين كاملين ، فمدة الحمل ستة أشهر إذ هي الباقية بعد حط زمن الرضاع من الثلاثين شهرًا المقدرة لمجموعهما (قال في المقصد المحمود) : وأقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال : ﴿ وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ فتبقى مدة الحمل ستة أشهر . ا . هـ » . وأما كون أكثر الحمل خمسة أعوام ، فاعلم أن المعتدة من وفاة أو طلاق ، إذا حصلت لها ريبة وشك في كونها حاملًا أو لا ، فإن كان سبب الريبة تأخر عن الحيض تربصت تسعة أشهر استبراءً ، ثم ثلاثة أشهر عدة ، هذا إن تأخر لغير سبب . أما إن تأخر لسبب كالرضاع والمرض ، فإنها تنتظر الأقراء على المشهور . وقيل : تحل بمضي السنة . وإن كان سبب الريبة حس البطن ، فقال ابن الحاجب : والمرتابة بحس البطن لا تنلح إلا بعد أقصى أمد الوضع ، وهو خمسة أعوام على المشهور وروي : أربعة ، وروي : سبعة .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٧٣/٩) : « (وأقل مدة الحمل ستة أشهر) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وقيل : أقل من ستة أشهر ولحظتان . قوله (وأكثرها أربع سنين) . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . قال الزركشي : هذا المذهب المشهور . وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم . وعنه : سنتان . اختاره أبو بكر ، وغيره . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، ونهاية ابن رزين وشرحه » .

(١) الحجرات : ١٣ .

والسنة حتى بينوا الأحكام عليها ، فقالوا : أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وغالبها تسعة أشهر ، وأكثرها سنتان .

واستدلوا على الأول بقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (١) . مع قوله في آية أخرى : ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ (٢) . فإذا طرحنا مدة الفصال التي هي عامان من مدة الحمل والفصال التي هي ثلاثون شهرًا ، بقي ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل .

واستدلوا على الثاني بالمشاهدة .

وعلى الثالث بقول السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل (٣) . وظل المغزل مثل للقلة ، لأنه في حالة الدوران أسرع زوالًا من سائر الظلال (٤) .

(مادة ٣٣٢)

إِذَا وَلَدَتِ الزَّوْجَةُ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَدًا لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ حِينِ عَقْدِهِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الزَّوْجِ .

فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَزَوُّجِهَا ، فَلا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، إلا إِذَا ادَّعَاهُ وَلَمْ يَقُلْ : إِنَّهُ مِنَ الزِّنَى (٥) .

* * *

(١) الأحقاف : ١٥ . (٢) لقمان : ١٤ .

(٣) النساء : ٥٨ .

(٤) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٨) : أقل مدة الحمل مائة وثمانون يومًا وأكثرها سنة شمسية .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٧) أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة.

المادة (١٢٣) أ - تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .

ب - توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال .

(٥) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٣٦ ، ٥٣٧) : « وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها لم يثبت نسبه ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت ، فإن جحد الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، كذا في الهداية . ولو ولدت أحد الولدين لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح بيوم والآخر بعده بيوم لم يثبت نسب واحد منهما ، كذا في العتابية . **الأصل في هذا** : أن كل امرأة لم تجب عليها العدة فإن نسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه منه وهو أن يجيء لأقل من ستة أشهر ، وكل امرأة وجبت عليها العدة فإن نسب ولدها يثبت من =

= الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه ليس منه وهو أن يجيء لأكثر من سنتين ، فإذا عرفنا هذا فنقول : رجل طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب ، فإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا لا يثبت النسب » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦٤/٨ ، ٦٥) : « ومن ولدت امرأته ولدًا لا يمكن كونه منه في النكاح ، لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ؛ لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به ، في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ؛ لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها . وإن كان الزوج طفلًا له أقل من عشر سنين ، فأتت امرأته بولد ، لم يلحقه ؛ لأنه لم يوجد ولد لمثله ، ولا يمكنه الوطء . وإن كان له عشر ، فحملت امرأته ، لحقه ولدها ؛ لقول النبي ﷺ : « واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع » وقال القاضي : يلحق به ، إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ؛ لأن الجارية يولد لها لتسع ، فكذلك الغلام . وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ ؛ لأن الولد إنما يكون من الماء ، ولا ينزل حتى يبلغ .

ولنا : أنه زمن يمكن البلوغ فيه ، فيلحقه الولد ، كالبالغ ، وقد روي أن عمرو بن العاص ، وابنه عبد الله ، لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عامًا ، وأمر النبي ﷺ بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة ، وأما قياس الغلام على الجارية ، فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة ، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع . ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ، ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد ، أو تزوج مشرقي بمغربية ، ثم مضت ستة أشهر ، وأتت بولد ، لم يلحقه . وبذلك قال مالك ، والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه ؛ لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم : إذا مضى زمان الإمكان ، لحق الولد ، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

ولنا : أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد ، فلم يلحق به الولد ، كزوجةِ ابنِ سنة (أي امرأة تزوجت زوجًا عمره عام) ، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر ، وفارق ما قاسوا عليه ؛ لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعًا ، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه . وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين ، لم يلحق نسبه به . في قول عامة أهل العلم ؛ لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج . وإن قطعت أنثياه دون ذكره ، فكذلك ؛ لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال أصحابنا : يلحقه النسب ؛ لأنه يتصور منه الإيلاج ، وينزل ماء رقيقا . ولنا : أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ، ولا وجد ذلك ، فأشبه ما لو قطع ذكره معهما ، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أولج إصبعه . وأما قطع ذكره وحده ، فإنه يلحقه الولد ؛ لأنه يمكن أن يساحق ، فينزل ماء يخلق منه الولد . ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك ، على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان : لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين . في قول الجمهور . وقال بعضهم : يلحقه بالفراش . وهو غلط ؛ لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ، ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه ، وهاهنا لا يمكن ؛ لفقد =

١٧٨٦ - **وينبني على ذلك** : أنه إذا تزوج رجل بامرأة ، وكان العقد صحيحًا ، ثم ولدت ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تأتي به لستة أشهر فأكثر من حين العقد . **الثاني** : أن تلده لأقل من ستة أشهر .

١٧٨٧ - **فإن كان الأول** : ثبت نسبه من الزوج ، سواء ادعاه أو لا ، وسواء دخل بالزوجة أو لم يدخل ، وسواء وجد الزوج والزوجة في بلد واحد أو في بلدين ولو بعدت المسافة بينهما، وذلك لأن الفراش موجود في المدة الكافية لتكوين الجنين .

وقد قال عليه الصلاة والسلام : « الولد للفراش » [1] . وفي بعض ذلك من الستر على الأعراض ومراعاة مصلحة الولد ما لا يخفي .

وقال الإمام مالك : إن الزوجة : إما أن يكون مدخولًا بها ، أو لا. فإن كان الأول : ثبت النسب ، وإن كان الثاني : فإما أن يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها أو لا . فإن كان الأول : وجاءت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر أو إلا خمسة أيام ثبت النسب أيضًا ، وإن كان الثاني : فللزوج أن ينفيه بدون لعان . ولا يخفى ما في هذا المذهب من الدقة .

١٧٨٨ - **وإن كان الثاني** : وهو ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين العقد ، فلا يثبت نسبه ، لأن زمن الفراش لم يبلغ أقل مدة الحمل .

١٧٨٩ - وإذن يكون مبدأ الحمل سابقًا على العقد ، نعم إذا اعترف الزوج بأنه ابنه ولم يصرح بأنه من الزنى يثبت نسبه ، وإن كان هذا غير متأت في الظاهر ، ولكن لتصحيح إقراره يحمل على أن الحمل قد حصل في فراش آخر ، سواء كان بعقد صحيح

= المني من المسلول ، وتعذر إيصال المني إلى قعر الرحم من المجبوب . ولا معنى لقول من قال : يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل ، فتحمل ؛ لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعًا ، ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المني بغير جماع ، لم تحدث لها لذة تمني بها ، فلا يختلط نسبهما ، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه ، وأن الولد من ذلك المني ، يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد » .

(١) صحيح البخاري (كتاب : البيوع / باب : تفسير المشبهات / ٢٠٥٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : الولد للفراش وتوقي الشبهات / ١٤٥٧) ، وسنن الترمذي (كتاب : الرضاع / باب : ما جاء أن الولد للفراش / ١١٥٧) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش / ٣٤٨٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : الولد للفراش / ٢٢٧٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : الولد للفراش وللعاهر الحجر / ٢٠٠٦) .

أو وطء بشبهة ، مراعاة لمصلحة الولد وتصحيح كلام العاقل ما أمكن .

١٧٩٠ - وقد علم مما تقدم أن الزوجة إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العقد الصحيح ، فلا يثبت الولد من الزوج ، إلا إذا ادعاه غير مصرح بأنه من الزنى .

وإذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر ، ثبت أنه ولده ، وإن لم يدع نسبه . ولكن يجوز له أن ينفيه إذا تحقق أنه ليس منه . فإن لم يتحقق ذلك ، فلا يجوز له نفي نسبه .

١٧٩١ - كما أنه يحرم على الزوجة أن تدخل على قوم زوجها من ليس منهم للوعيد المترتب على ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة أدخلت على قوم زوجها من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته . وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » (١) (٢) .

---

(١) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : التغليظ في الانتفاء من الولد / ٣٤٨١) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : التغليظ في الانتفاء / ٢٢٦٣) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٢٩) : ١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ - أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب - أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجينًا أو غائبًا في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفى نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : نسب المولود من نكاح فاسد : المادة (١٤٨) : ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق .

(مادة ٣٣٣)

إِذَا نَفَى الزَّوْجُ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِ النِّكَاحِ فَلاَ يَنْتَفِي إِلا إِذَا نَفَاهُ فِي الأَوْقَاتِ الْمُقَرَّرَةِ فِي الْمَادَّةِ الَّتِي بَعْدَ الآتِيَةِ ، وَتَلاَعَنَ مَعَ الْمَرْأَةِ لَدَى الْحَاكِمِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا (١) .

* * *

١٧٩٢ - ومع ذلك فلا ينتفي نسب الولد بمجرد نفيه ، بل لا بد من اللعان الآتي بيانه في شرح مادة (٣٣٥) .

١٧٩٣ - ولا يصح النفي ، ويعقبه اللعان الذي يترتب عليه تفريق القاضي بين الزوجين ، إلا إذا كان في أوقات وأحوال مخصوصة ، وهي : وقت الولادة ، أو وقت شراء لوازمها ، أو وقت علمه بأن زوجته ولدت إن كان غائبًا .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٢/٦) : « وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلًا ؛ لأنه في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفي ، ونوع لا يحتمله . أما ما يحتمل النفي فنوعان : (نوع) ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفي بنفس النفي ؛ بل بواسطة اللعان (أما الذي) ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد ؛ لأن فراش أم الولد ضعيف ؛ لأنه غير لازم حتى احتمل النقل إلى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة إلى اللعان (وأما) الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو نسب ولد زوجة يجري بينهما اللعان وهو أن يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان ؛ لأن فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويًّا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم إليه اللعان . ولهذا إذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفي نسب الولد بالنفي ؛ لأن الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما اللعان ، فإذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما ؛ لا ينتفي نسب الولد بالنفي ، وكذا النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ؛ لأن النفي يكون إنكارًا بعد الإقرار ، فلا يسمع إلا أن الإقرار نوعان : نص ، ودلالة ، لما ذكرنا في كتاب اللعان » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٢٦/٤) : « ولو تصادقا أي لا ينتفي الولد إلا باللعان ولو تصادقا على نفيه إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كخمسة أيام فينتفي حينئذ بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه » .

(مادة ٣٣٤)

لَا يَتَلَاعَنُ الزَّوْجَانِ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهِمَا أَهْلِيَّةُ اللِّعَانِ وَشَرَائِطُهُ ، وَهِيَ : أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ صَحِيحًا ، وَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَلَوْ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيِّ ، وَأَنْ يَكُونَ كُلٌّ مِنْهُمَا أَهْلًا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا لِتَحَمُّلِهَا ، أَيْ : مُسْلِمَيْنِ ، حُرَّيْنِ، عَاقِلَيْنِ ، بَالِغَيْنِ ، نَاطِقَيْنِ لَا أَخْرَسَيْنِ ، وَلَا مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ ، وَأَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ عَفِيفَةً عَنِ الزِّنَى وَقْتَهُ .

فَإِنْ كَانَا كَذَلِكَ وَتَلَاعَنَا ، يُفَرِّقُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، وَيَقْطَعُ نَسَبَ الْوَلَدِ مِنْ أَبِيهِ ، وَيُلْحِقُهُ بِأُمِّهِ .

وَإِنْ لَمْ يَتَلَاعَنَا أَوْ لَمْ تَتَوَفَّرْ فِيهِمَا أَهْلِيَّةُ اللِّعَانِ ، فَلَا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ ، وَكَذَا إِذَا كَذَّبَ الزَّوْجُ نَفْسَهُ قَبْلَ اللِّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَبَعْدَ التَّفْرِيقِ يَلْزَمُهُ الْوَلَدُ ، وَيُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤٠ ، ٢٤١) : « وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فأنواع : بعضها يرجع إلى القاذف خاصة ، وبعضها يرجع إلى المقذوف خاصة ، وبعضها يرجع إليهما جميعًا ، وبعضها يرجع إلى المقذوف به ، وبعضها يرجع إلى المقذوف فيه ، وبعضها يرجع إلى نفس القذف . **أما الذي يرجع إلى القاذف خاصة** : فواحد وهو عدم إقامة البينة ؛ لأن الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله ﷻ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا ؛ لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ، ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فإن لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا ، وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها . **وجه قول الشافعي** : أن الزوج متهم في شهادته لاحتمال أنه حمله الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله ﷺ ، ولأنه يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المغرم على لسان رسول الله ﷺ .

ولنا : أن شهادته بالقبول أولى من شهادة الأجنبي ؛ لأنها أبعد من التهمة ؛ إذ العادة أن الرجل يستر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهمًا في شهادته ؛ فتقبل كشهادة الوالد على ولده ، وقوله : إنه يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ؛ ممنوع ؛ فإنه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها ، فصار كشهادة الأجنبي ، فإنها تقبل ولا يجعل دافعًا للحد عن نفسه ، كذا هذا ، وإن كان الزوج قذفها أولًا ثم جاء بثلاثة سواه فشهدوا ؛ فهم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان ؛ لأنه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعًا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته ، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصاروا قَذَفَة فيحدون حد القذف ، ويلاعن الزوج بقذف زوجته ، فإن جاء هو وثلاثة شهدوا أنها قد زنت فلم يُعَدَّلوا فلا حد عليها ؛ لأن زناها لم يثبت إلا بشهادة الفساق ولا حد عليهم ؛ لأن الفاسق من أهل الشهادة .

ألا ترى أن الله تعالى أمر بالتوقيف في بيانه ، فقد وجد إتيان أربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحد ، ولا لعان =

= على الزوج ؛ لأنه شاهد وليس بقاذف ، فإن شهد ومعه ثلاثة عمي حد وحدوا أي يلاعن الزوج ويحدون في القذف ؛ لأن العميان لا شهادة لهم قطعًا فلم يكن قولهم حجة أصلًا فكانوا قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج ؛ لأن قذف الزوج يوجب اللعان إذا لم يأت بأربعة شهداء ولم يأت بهم .
وأما الذي يرجع إلى المقذوف خاصة فشيئان : أحدهما : إنكارها وجود الزنا منها حتى لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا وهو الجلد إن كانت غير محصنة والرجم إن كانت محصنة لظهور زناها بإقرارها ، **والثاني** : عفتها عن الزنا فإن لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد في قذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة ؛ لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها ولما نذكر في كتاب الحدود ونذكر تفسير العفة عن الزنا فيه إن شاء الله تعالى . وعلى هذا قالوا في المرأة إذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها ؛ لا يجب عليه اللعان ، ولو قذفها أجنبي لا يجب عليه الحد ؛ لأنها وطئت وطئًا حرامًا فذهبت عفتها ، ثم رجع أبو يوسف وقال : يجب بقذفها الحد واللعان ؛ لأن هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا .
والجواب : أن الوطء حرام لعدم النكاح إنما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغي أن يجب الحد عليها إلا أنه سقط للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى .
وأما الذي يرجع إليهما جميعا : فهو أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف ؛ أما اعتبار الزوجية : فلأن الله تبارك وتعالى خص اللعان بالأزواج بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ وأنه حكم ثبت تعبدًا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد ، وإنما ورد التعبد به في الأزواج فيقتصر عليهم ، وعلى هذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا ثم قذفها ، لم يلاعنها لعدم الزوجية إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، وقال الشافعي : يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد ؛ لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب .
والجواب : أن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان إلا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية . ولو طلق امرأته طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة والثلاث ، ولو طلقها طلاقًا رجعيًا ثم قذفها يجب اللعان ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قذف امرأته بزنى كان قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا ، وعند الشافعي عليه حد القذف واحتج بآية القذف وهي قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ ، ولنا : آية اللعان وهي قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ من غير فصل بين ما إذا كان القذف بزنا بعد الزوجية أو قبلها . والدليل على أنه قذف زوجته : أنه أضاف القذف إليها وهي للحال زوجته إلا أنه قذفها بزنى متقدم ، وبهذا لا تخرج من أن تكون زوجته في الحال ؛ كما إذا قذف أجنبية بزنا متقدم حتى يلزمه القذف كذا ههنا .
وأما آية القذف فهي متقدمة على آية اللعان ، فيجب تخريجها على التناسخ ، فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا ، وعنده : يقضي العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو قذف =

= امرأته بعد موتها لم يلاعن عندنا ، وعند الشافعي : يلاعن على قبرها واحتج بظاهر قوله ﷻ في آية اللعان ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ من غير فصل بين حال الحياة والموت . ولنا : قوله ﷻ ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ الآية خص ﷺ اللعان بالأزواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين أن الميتة لم تدخل تحت الآية ؛ لأن الله تعالى أوجب هذه الشهادة بقذف الأزواج بقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ وبعد الموت لم تبق زوجة له .

وأما اعتبار الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف : فالكلام في اعتبار هذه الأوصاف شرطًا لوجوب اللعان فرع الكلام في معنى اللعان وما يثبته شرعًا ، وقد اختلف فيه ، قال أصحابنا : إن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حد الزنا ، وقال الشافعي : اللعان أيمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان . ومن لا فلا عندنا ، وكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان عنده سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن ، ومن لم يكن من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ فسر الله تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين . ألا ترى أن من قال : أشهد بالله يكون يمينًا إلا أنه يمين بلفظ الشهادة ؛ ولأن اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى ؛ لأن الشهادة لا تفتقر إلى ذلك وإنما اليمين هي التي تفتقر إليه ؛ ولأنه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة ، فينبغي أن تشهد المرأة عشر مرات فلما لم يكن ذلك دل أنه ليس بشهادة .

والدليل على أنه يمين : ما روي أن رسول الله ﷺ لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبلى فقال لها : « إذا ولدت ولدًا فلا ترضعيه حتى تأتيني به » فلما انصرفوا عنه قال رسول الله ﷺ : « إن ولدته أحمر مثل الدبس فهو يشبه أباه الذي نفاه ، وإن ولدته أسود أدعج جعدًا قططًا فهو يشبه الذي رميت به » . فلما وضعت وأتت به رسول الله ﷺ نظر إليه فإذا هو أسود أدعج جعد قطط على ما نعته رسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « لولا الأيمان التي سبقت لكان لي فيها رأي » . وفي بعض الروايات : « لكان لي ولها شأن » فقد سمى ﷺ اللعان أيمانًا لا شهادة ، فدل أنه يمين لا شهادة . (ولنا) قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين : أحدهما : أنه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء ؛ لأنه استثناء من الشهداء بقوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ والمستثنى من جنس المستثنى منه . والثاني : أنه سمى اللعان شهادة نصًا بقوله ﷻ : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةُ ﴾ . أي الشهادة الخامسة ، وقال تعالى في جانبها ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةَ ﴾ . أي الشهادة الخامسة ، إلا أنه تعالى سماه شهادة بالله تأكيدًا للشهادة باليمين ، فقوله : أشهد يكون شهادة . وقوله : بالله ؛ يكون يمينًا ، وهذا مذهبنا أنه شهادات مؤكدة بالأيمان وهو أولى مما قاله المخالف ، لأنه عمل باللفظين في معنيين ، وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد ، فكان ما قلناه أولى ، والدليل على أنه شهادة : أنه شرط فيه لفظ الشهادة وحضره الحاكم . وأما قوله : لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل ؛ فنقول : هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى =

= الشهادة ومعنى اليمين ، وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظة الشهادة ، فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد عملًا بالشبهين جميعًا ولا حجة له في الحديث ؛ لأنه روي في بعض الروايات : « لولا ما مضى من الشهادات » وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة نقول بموجبه أنه يمين ، لكن هذا لا ينفي أن يكون شهادة فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق . وإذا عرف هذا الأصل تخرج عليه المسائل .

أما اعتبار العقل والبلوغ : فلأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل اللعان بالإجماع .

وأما الحرية : فالمملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللعان بالإجماع . **وأما الإسلام** : فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر . وإذا كانا كافرين فالكافر وإن كان من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى ؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا ، واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان .

وأما اعتبار النطق : فلأن الأخرس لا شهادة له ؛ لأنه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ؛ ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة ، والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة ، وإنه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحد لما نذكره في الحدود إن شاء الله تعالى . وأما المحدود في القذف فلا شهادة له ؛ لأن الله تعالى رد شهادته على التأبيد ولا يلزم على هذا الأصل قذف الفاسق والأعمى فإنه يوجب اللعان ولا شهادة لهما ؛ لأن الفاسق له شهادة في الجملة ولهما جميعًا أهلية الشهادة . ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه ؟ ومعلوم أنه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك ، إلا أنه لا تقبل شهادة الأعمى في سائر المواضع ؛ لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لأنه ليس من أهل الشهادة ، ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها ، وعند الشافعي : يجري اللعان بين المملوكين والأخرسين والمحدودين في القذف ؛ لأن هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين ؛ لأن يمين الكافر صحيحة عنده لا من أهل الإعتاق والكسوة والإطعام ، ولهذا قال : يجوز ظهار الذمي . وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما إذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل أو مات ؛ فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما ؛ لأن اللعان لما كان شهادة فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة ، وعند محمد : لا يستقبل اللعان . وقوله : لا يخرج على هذا الأصل ، ولكن الوجه له أن اللعان قائم مقام الحد فإذا التعنا فكأنه أقيم الحد ، والحد بعد إقامته لا يؤثر فيه العزل والموت . والجواب : أن حكم القذف لا يتناهى إلا بالتفريق ، فيؤثر العزل والموت قبله . ثم ابتداء الدليل .

لنا في المسألة : ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : لا لعان بين المسلم والكافر ، والعبد والحرة ، والحر والأمة والكافر والمسلمة » وصورته الكافر أسلمت زوجته فقبل أن يعرض الإسلام على زوجها قذفها بالزنا . (ولنا) أصل آخر لتخريج المسائل عليه وهو أن كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبيًا لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجًا ؛ لأن اللعان موجب القذف في حق الزوج كما أن =

= الحد موجب القذف في الأجنبي وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد ولو كان أجنبيًا ، فإذا كان زوجًا لا يوجب اللعان . وابتداء ما يحتج به الشافعي عموم آية اللعان إلا من خص بدليل ولا حجة له فيها ؛ لأن الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء في آية اللعان واستثناهم من الشهداء المذكورين في آية القذف ولم يدخل واحد ممن ذكرنا في المستثنى منهم ، فكذا في المستثنى ؛ لأن الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٩/٨) : « (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لها : زنيت . أو : يا زانية . أو : رأيتك تزنين . ولم يأت بالبينة ، لزمه الحد ، إن لم يلتعن ، مسلمًا كان أو كافرًا ، حرًا كان أو عبدًا) .

وقد اختلفت الرواية فيهما ، فروي أنه يصح من كل زوجين مكلفين ، سواء كانا مسلمين أو كافرين ، أو عدلين أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك . وبه قال سعيد بن المسيب ، وسليمان ابن يسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك ، وإسحاق . قال أحمد ، في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يلتعنون ؛ الحر من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة . وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين ، عدلين ، حرين ، غير محدودين في قذف . وروي هذا عن الزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وحماد ، وأصحاب الرأي . وعن مكحول : ليس بين المسلم والذمية لعان . وعن عطاء ، والنخعي ، في المحدود في القذف : يضرب الحد ، ولا يلاعن . وروي فيه حديث لا يثبت . كذلك قال الشافعي ، والساجي . لأن اللعان شهادة ، بدليل قوله سبحانه : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ . فاستثنى أنفسهم من الشهداء . وقال تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ ﴾ . فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة . وإن كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها ، لم يجب اللعان ؛ لأنه يراد لإسقاط الحد ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ . ولا حد هاهنا ، فينتفي اللعان لانتفائه . وذكر القاضي في (المجرد) أن من لا يجب الحد بقذفها ، وهي الأمة ، والذمية ، والمحدودة في الزنا ، لزوجها لعانها ؛ لنفي الولد خاصة ، وليس له لعانها لإسقاط القذف والتعزير ؛ لأن الحد لا يجب ، واللعان إنما يشرع لإسقاط حد ، أو نفي ولد ، فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان .

ولنا ، عموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ . الآية ، ولأن اللعان يمين ، فلا يفتقر إلى ما شرطوه ، كسائر الأيمان ، ودليل أنه يمين : قول النبي ﷺ : « لولا الأيمان ، لكان لي ولها شأن » . وأنه يفتقر إلى الله تعالى ، ويستوي فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادة ، فلقوله في يمينه : أشهد بالله . فسمى ذلك شهادة وإن كان يمينًا ، كما قال الله تعالى : ﴿ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد ، فيشرع له طريقًا إلى نفيه ، كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل .

وأما قول الخرقي : وإذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة . فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه ، لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطًا عنده في المرأة ، لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها ، فينفيه باللعان ، =

١٧٩٤ - وإليك معنى اللعان وسبب نزول آيته وما يشترط فيه :

فاللعان في اللغة : مصدر لاعن . وأصل اللعن : الطرد والإبعاد. وكانت العرب تطرد المتمرد والشرير ؛ لئلا تؤخذ بجريمته وتسميه : لعينا.

وشرعًا : هو شهادات مؤكدات بالأيمان ، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ، ومقام حد الزنى في حق المرأة .

١٧٩٥ - وسبب مشروعيته : أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ (١) . تألم بعض الصحابة من مضمونها ، فنزلت آية اللعان .

قال عبد اللّه بن مسعود « بينما كنا في المسجد ليلة الجمعة ، إذ دخل علينا رجل أنصاري ، فقال : يا رسول اللّه ، أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلًا ، فإن قتله قتلتموه ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظه ، اللّهم افتح ! فنزل قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ (٢) .

١٧٩٦ - واللعان من قبيل الشهادة عند الإمام الأعظم ، لأن اللّه تعالى سماه شهادة .

=

ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك ؛ لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة ، وإن كان ذميًا أو فاسقًا . فأما قوله : مسلمًا كان أو كافرًا . ففيه نظر ؛ لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لا يكون زوجًا لمسلمة ، **فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين : أحدهما** : أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافرًا ، فرد ذلك إلى اللعان ، لا إلى الحد . **الثاني** : أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته ، فقذفها في عدتها ، ثم أسلم الزوج ، فإنه يلاعن .

فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولًا بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه يلاعنها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار ؛ منهم عطاء ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، بظاهر قول اللّه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ . فإن كانت غير مدخول بها ، فلها نصف الصداق ؛ لأنها فرقة منه . كذلك قال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، ومالك . وفيه رواية أخرى : لا صداق لها ؛ لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعًا ، فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما » .

(١) النور : ٤ . (٢) النور : ٦ - ٩ .

وينبني على ذلك : أنه يشترط فيه ما يشترط في أدائها من : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، والنطق ، والسمع ، وعدم الحد في قذف . وهذه الشروط بالنسبة إليهما .

ويشترط زيادة على ذلك بالنسبة للزوج : عدم إقامته البينة على صحة ما قاله . وبالنسبة إليها : إنكارها لوجود الزنى منها وعفتها ، بأن لم يسمع عليها زنى في حياتها ولم تتهم به ، ولم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد .

وكذلك يشترط أن يكون القذف نصًا في الزنى ، وأن يكون حاصلًا في دار الإسلام .

ويشترط أيضًا أن تكون الزوجية قائمة ، وأن يكون عقد النكاح صحيحًا ، فلا لعان مع المبانة ، ولا مع المعقود عليها عقدًا فاسدًا .

وكذا يشترط أن تطالبه الزوجة بموجب القذف . فإن أبى حبس حتى يلاعن ، أو يكذب نفسه فيحد .

١٧٩٧ - فإذا اجتمعت هذه الشروط ، وتلاعن الزوج والزوجة أمام القاضي ، حكم بينهما بالتفريق ، وقطع نسب الولد .

وإن فقد شرط من هذه الشروط ، فلا يصح إقامة اللعان، فلا ينتفي نسب الولد .

١٧٩٨ - وقال الإمام مالك والشافعي : إن اللعان يمين لا شهادة ، لأنه لا معنى لكون الشخص يشهد لنفسه . وتسميته شهادة مجاز عن الحلف ، لقيام اليمين مقام الشهادة ، وعلى ذلك لا يشترط فيه تلك الشروط ، وإنما يشترط فيه : عفة المرأة ، وحصول الزوجية ولو لم تكن موجودة وقت اللعان ، فيصح اللعان من : الأعمى ، والأخرس ، والأصم ، والفاسق ، والمحدود في قذف ، والمسلم الذي تحته ذمية ، والذميين إذا ترافعا إلينا ، ومن الرقيق مع الرقيقة والحرة ، ومن الزوج مع مبانته .

(مادة ٣٣٥)

إِنَّمَا يَصِحُّ نَفْيُ الْوَلَدِ : فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ ، أَوْ عِنْدَ شِرَاءِ أَدَوَاتِهَا ، أَوْ فِي أَيَّامِ التَّهْنِئَةِ الْمُعْتَادَةِ عَلَى حَسَبِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ . وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا فَحَالَةُ عِلْمِهِ كَحَالَةِ وِلَادَتِهَا (١) .

* * *

١٧٩٩ - علمنا مما سبق أن نسب الولد لا ينتفي إلا إذا حصل نفيه في أوقات وأحوال مخصوصة ، وتلاعن الزوجان بالكيفية التي نص عليها القرآن الكريم .

(مادة ٣٣٦)

لَا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ فِي الصُّوَرِ السِّتَّةِ الْآتِيَةِ ، وَإِنْ تَلَاعَنَ الزَّوْجَانِ وَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا :

الْأُولَى : إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَوْقَاتِ الْمُبَيَّنَةِ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ .

الثَّانِيَةِ : إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِهِ صَرَاحَةً أَوْ دِلَالَةً .

الثَّالِثَةُ : إِذَا نَزَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا ثُمَّ نَفَاهُ ، أَوْ نَفَاهُ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ اللِّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ تَفْرِيقِ

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٧٢ ، ٧٣) : « (وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة في الحال التي يقبل فيها التهنئة ويبتاع له آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب) اعلم أن المولود في فراش الزوجة لا ينتفي إلا باللعان ، والفراش ثلاثة : قوي ، ووسط ، وضعيف . **فالقوي** : فراش المنكوحة يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي إلا باللعان . **والضعيف** : فراش الأمة لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة . **والوسط** : فراش أم الولد يثبت فيه النسب من غير دعوة وينتفي من غير لعان ، وإذا نفى ولد الزوجة بأن قال ليس هو مني أو هو من الزنا وسقط اللعان بوجه من الوجوه فإنه لا ينتفي نسبه أبدًا ، وكذا إذا كانا من أهل اللعان ولم يتلاعنا ؛ فإنه لا ينتفي نسبه . فإذا ثبت هذا قلنا : إذا نفاه عقيب الولادة صح نفيه ولاعن به عند أبي حنيفة ؛ يعني ما لم يظهر منه اعتراف أو دلالة على الاعتراف ولم يؤقت أبو حنيفة في مدة النفي وقتًا ، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام وذكر أبو الليث أن له نفيه إلى ثلاثة أيام ، وروى الحسن إلى سبعة أيام وهو ما بين الولادة إلى العقيقة ، وهذا غير صحيح ؛ لأنه تقدير لا دليل عليه (قوله . وقال أبو يوسف ومحمد : له أن ينفيه في مدة النفاس) وهذا إذا كان الزوج حاضرًا ، أما إذا ولدت وهو غائب ولم يعلم حتى قدم فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما تقبل فيه التهنئة بعد قدومه وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد قدومه أيضًا ، وقد قالوا في ولد الزوجة إذا هُنِّئَ به فسكت كان اعترافًا وإن هُنِّئَ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافًا ؛ لأن نسب ولد الزوجة يثبت بالفراش وإنما يترقب النفي من الزوج فإذا سكت عند التهنئة صار بذلك معترفًا ، وأما ولد الأمة : فلا يثبت بالفراش ؛ لأنه لا فراش لها وإنما يثبت بالدعوى ، فالسكوت لا يقوم مقام الدعوى وولد أم الولد كولد الزوجة ؛ لأن لها فراشًا » .

الحَاكِم .

الرَّابِعَةُ : إِذَا وَلَدَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ التَّفْرِيقِ ، وَقَطَعَ نَسَبَ الْوَلَدِ وَلَدٌ (١) آخَرَ مِنْ بَطْنٍ وَاحِدَةٍ ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَلْزَمُهُ الْوَلَدَانِ ، وَيَبْطُلُ الْحُكْمُ الأَوَّلُ .

الْخَامِسَةُ : إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ الْحُكْمِ بِثُبُوتِ نَسَبِهِ شَرْعًا .

السَّادِسَةُ : إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ أَوِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ نَفْيِ الْوَلَدِ قَبْلَ اللِّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ التَّفْرِيقِ (٢) .

* * *

(١) في الأصل : [ولدًا] .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤٣ ، ٢٤٤) : « وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلًا ، فنقول وبالله التوفيق : كل ما يمنع وجوب اللعان إذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما إذا جنّا بعد القذف أو جن أحدهما ، أو ارتدا أو ارتد أحدهما ، أو خرسا أو خرس أحدهما ، أو قذف أحدهما إنسانًا فحد حد القذف أو وطئت المرأة وطئًا حرامًا فلا يجب عليه الحد ، وكذا إذا أبانها بعد القذف فلا حد ولا لعان . أما عدم وجوب الحد . فلأن القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد . وأما عدم وجوب اللعان فلزوال الزوجية وقيام الزوجية شرط جريان حد اللعان ؛ لأن الله ﷻ خص اللعان بالأزواج ولو طلقها طلاقًا رجعيًا لا يسقط اللعان ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية . ولو قال لها : يا زانية أنت طالق ثلاثًا فلا حد ولا لعان ؛ لأن قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد ؛ لأنه قذف الزوجة ولما قال : أنت طالق ثلاثًا فقد أبطل الزوجية ، واللعان لا يجري في غير الأزواج ولو قال لها : أنت طالق ثلاثًا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان ؛ لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبية بعد الإبانة وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان ، ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الإتيان به إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين وهو يقول إنه كاذب ، ويجب الحد لما نذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى .

ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجبًا للعان أصلًا لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد ؟ فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلًا ، فقالوا : إن كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حدود ولا لعان ، وإن كان القذف صحيحًا ، وإن كان لمعنى من جانبه فإن لم يكن القذف صحيحًا فكذلك .

وإن كان صحيحًا يحد وعلى هذا الأصل خرجوا جنس هذه المسائل ، فقالوا : إذا أكذب نفسه يحد ؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو إكذابه نفسه والقذف صحيح ؛ لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ، ولو أكذبت نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وإن كانت على صفة الالتعان ؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعليه الحد ؛ لأن قذفها صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيًا أو مجنونًا فلا حد ولا لعان . وإن كانت المرأة على صفة الالتعان ؛ لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرًا عاقلًا بالغًا مسلمًا غير محدود في قذف والزوجة لا بصفة الالتعان بأن كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان ؛ لأن =

١٨٠٠ - **وينبني على ذلك** : أن الولد لا ينتفي نسبه في الصور الآتية ، ولو فرض حصول التلاعن بين الزوجين وفرق القاضي بينهما :

١٨٠١ - **الأولى** : إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة قبل .

= قذفها ليس بقذف صحيح . ألا ترى أن أجنبيًا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة عفيفة ، إلا أنها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان ؛ لأن القذف وإن كان صحيحًا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو أنها ليست من أهل الشهادة ، فلا يجب اللعان ولا الحد ، كما لو صدقته . وإن كان كل واحد من الزوجين محدودًا في قذف فقذفها فعليه الحد ؛ لأن القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال : إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدودًا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها . وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد ؛ لأنا نقول : القذف الصحيح إنما تعتبر فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان ، فأما إذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج ؛ فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها ، فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٤٩ ، ٥٠) : « وإذا قذفها ثم مات قبل لعانهما ، أو قبل إتمام لعانه ؛ سقط اللعان ، ولحقه الولد ، وورثته ، في قول الجميع ؛ لأن اللعان لم يوجد ، فلم يثبت حكمه . وإن مات بعد أن أكمل لعانه ، وقبل لعانها ، فكذلك . وقال الشافعي : تبين بلعانه ، ويسقط التوارث ، وينتفي الولد ، ويلزمها الحد ، إلا أن تلتعن .

ولنا : أنه مات قبل إكمال اللعان ، أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه ، وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام ، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه . وإن ماتت المرأة قبل اللعان ، فقد ماتت على الزوجية ، ويرثها في قول عامة أهل العلم . وروي عن ابن عباس : إن التعن ، لم يرث . ونحو ذلك عن الشعبي ، وعكرمة ؛ لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها ، فيمنع التوارث ، كما لو التعن في حياتها .

ولنا : أنها ماتت على الزوجية ، فورثها ، كما لو لم يلتعن ، ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق ، وفارق اللعان في الحياة ، فإنه يقطع الزوجية ، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هي ، لم تنقطع الزوجية أيضا ، فهاهنا أولى .

فإن قيل : أليس قد قلتم : لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ، **قلنا** : لو التعن الزوج وحده دونها ، لم ينتف الولد ، ولم يثبت حكم اللعان ، على ما ذكرنا ، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد ، تبينا أنه لم يكن منه أصلًا في حال من الأحوال ، والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان ، وإنما يزيل نكاحها اللعان ، كما يزيله الطلاق . فإذا ماتت قبله ، فقد ماتت قبل وجود ما يزيله ، فيكون موجودًا حال الموت ، فيوجب التوارث ، وينقطع بالموت ، فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى . وإن أراد الزوج اللعان ، ولم تكن طالبت بالحد في حياتها ، لم يكن له أن يلتعن ، سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن .

وقال الشافعي : إن كان ثم ولد يريد نفيه ، فله أن يلتعن . وهذا ينبني على أصل ، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم ، وعندهم بخلاف ذلك . فأما إن كانت طالبت بالحد في حياتها ، فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها ، فإن طولب به ، فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضي ، وإلا فلا ؛ لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب ، فإنه لا حد عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كان للمرأة وارث غير الزوج ، فله اللعان ، ليسقط الحد عن نفسه ، وإلا فلا ؛ لعدم الحاجة إليه » .

١٨٠٢ - **الثانية** : إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة ، لأنه إن سكت حتى مضت هذه الأوقات ثم نفاه . أو أقر به صراحة ثم نفاه ، فلا يصح هذا النفي ، لأنه وجد منه الاعتراف صراحة أو دلالة ، فإذا صح النفي يكون ساعيًا في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه . وهذا قول الإمام الأعظم . وقال الصاحبان : كما يصح نفيه في هذه الأوقات ، يصح أيضًا في مدة النفاس ، لأن ذلك يحتاج إلى التأمل ، إذ ربما ينفيه وهو منه أو يعترف به وهو ليس منه ، وكلاهما حرام للحديث المتقدم .

١٨٠٣ - **الثالثة** : إذا نزل الولد ميتًا ، أو مات أثناء اللعان قبل التفريق بينهما . والسبب في ذلك أن النفي حكم ، والميت لا يصح الحكم عليه . وقال الإمام مالك والشافعي : يصح أن ينفي باللعان درءًا لحد القذف ومنعًا لإرثه من الولد إذا ترك مالًا بسبب هبة أو وصية أو نحوهما .

١٨٠٤ - **الرابعة** : إذا ولدت المرأة ولدًا ، ونفاه الزوج ، ولاعن ، وحكم القاضي بالتفريق ونفي نسب الولد ، ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر من وقت ولادة الأول . ولكن هذا فيه خلاف بين الأئمة الثلاثة ، فالموجود هنا مذهب الإمام الأعظم .

وينبني عليه : أن الولدين ينسبان إلى الزوج ، لأن الولد الثاني لا يمكن نفيه إلا باللعان ، واللعان لا يتأتى ، لأن شرط إقامته أن تكون الزوجية قائمة كما ستعرفه ، وهي غير موجودة ، وأما الأول فيثبت نسبه أيضًا ؛ لأنه متكون من المادة التى منها الثاني ؛ إذ الرحم لا يخلق فيه جنينان مكونان من ماءين مختلفين في زمن حمل واحد .

ولا يمكن أن يقال : إن الثاني وجد بعد ولادة الأول ؛ لأنه لم يمض عليه أقل مدة الحمل ، فيكون متحدًا مع الأول في المادة . وحيث ثبت الثاني ثبت الأول مراعاة لمصلحة الولدين وسترًا لعرض المرأة وجميع عشيرتها مع جواز أن الولدين منه .

ورأى الإمام مالك أن نسب الولد الثاني ينتفي بمجرد نفي الأول ؛ لأن الحمل عنده يصح نفيه ، وحيث قد ثبت أن الحمل والولد الذي نفاه من ماء واحد ، فينتفي الحمل ولا يثبت نسبه ، إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى . فإنه إذا ادعاه ، يثبت نسبه هو والأول ، ويحد حد القذف إن كانت المرأة ممن يحد قاذفها ، بأن كانت حرة مسلمة عفيفة عن الزنى .

وقال الإمام الشافعي : إنه بعد نفي الأول وولادة الثاني لأقل من ستة أشهر ، لا ينفي الثاني إلا إذا نفاه باللعان ، ولا يشترط في اللعان عنده قيام الزوجية ، فإنه يكفي وجودها

ولو باعتبار ما كان فإن لم ينفه بأن سكت أو ادعاه ثبت نسبه ، وبالضرورة يثبت نسب الأول ؛ لاتحادهما مادة ، ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة ، بشرط أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها كما سبق .

ولا يخفى ما في هذين المذهبين من ظهور المراد .

١٨٠٥ - **الخامسة** : إذا نفى الولد بعد حكم القاضي بثبوت نسبه منه ، بأن جنى الولد على ولد آخر ، كأن انقلب عليه وقتله ، فحكم القاضي بتعويض مالي على عائلة الجاني لورثة المجنى عليه ، إذ حكم القاضي لا يصح نقضه حيث إنه لا يصدر إلا بعد التثبت ، وخصوصًا في الأنساب ؛ فإن الشارع يتشوق إلى ثبوتها ما أمكن ، سترًا للأعراض وكي لا يكون الولد زنيمًا .

١٨٠٦ - **السادسة** : إذا نفى الولد ، ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق ، لأن اللعان لم يتم ، ونفي الولد لا يمكن إلا بعد تمامه [١] .

(مادة ٣٣٧)

قَطْعُ الحَاكِمِ الْوَلَدَ عَنْ نَسَبِ أَبِيهِ ، يُخْرِجُهُ مِنَ الْعَصَبَةِ ، وَيُسْقِطُ حَقَّهُ فِي النَّفَقَةِ وَالإِرْثِ دُونَ غَيْرِهِمَا .

وَيَبْقَى النَّسَبُ مُتَّصِلًا بَيْنَ الْوَلَدِ وَأَبِيهِ الْمُلَاعِنِ فِي : حَقِّ الشَّهَادَةِ ، وَالزَّكَاةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالْقِصَاصِ ، وَفِي عَدَمِ اللِّحَاقِ بِالْغَيْرِ .

فَلَا يَجُوزُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ ، وَلا صَرْفُ زَكَاةِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَلا يَجِبُ عَلَى الأَبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَإِذَا كَانَ لابْنِ الْمُلَاعَنَةِ ابْنٌ وَلِنَافِيهِ بِنْتٌ ، فَلاَ يَجُوزُ لِلابْنِ أَنْ يَتَزَوَّجَ تِلْكَ الْبِنْتَ ، وَإِذَا ادَّعَاهُ غَيْرُ الْمُلاعِنِ ، لَا يَلْتَحِقُ بِهِ [٢] .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصرية** : مادة (٧) لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٨) يقع كل طلاق رجعيًا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص هذا القانون على بينونته .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٥٢٠) : « وإذا فرق القاضي بينهما بعد اللعان ؛ يلزم الولد أمه . وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا بد أن يقول القاضي : فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد =

١٨٠٧ - ومتى توافرت شروط اللعان وحصل بالفعل ، قطع الحاكم نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه . ولكن لا يكون الولد أجنبيًا من الملاعن في كل الأحوال بل في بعضها ، فيكون أجنبيا في الأحوال الآتية :

أولا : **النفقة** : فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الأبناء وبالعكس .

١٨٠٨ - **ثانيا** : **الإرث** : فلا توارث بينهما ، بمعنى أن قرابة الأبوة غير معتبرة في الإرث فلو مات المنفي عن مال لا يرثه أحد بقرابة الأبوة .

١٨٠٩ - **ولا يحكم بكونه أجنبيا في الصور الآتية** :

أولا : الشهادة فكما لا تقبل شهادة الأصل لفرعه وعكسه ، كذلك لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفاه باللعان ، ولا شهادة المنفي وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله .

١٨١٠ - **ثانيًا** : الزكاة فلا يجوز لأحدهما أن يعطي الآخر شيئًا من زكاة أمواله لاحتمال أنه ابنه أو أبوه وهي حق الفقير الأجنبي .

١٨١١ - **ثالثًا** : القصاص فلو قتله الملاعن عمدًا لا يقتل فيه ، كما لو قتل الأب ابنه ، وذلك لأن الأب لا يقتل بقتل ابنه عمدًا عند أبي حنيفة ، لأنه سبب في إيجاده فلا يكون الولد سببًا في إعدامه ولأن شفقة الأب عظيمة جدًا ، فإقدامه على قتله لا بد أن يكون لأمر عظيم أوجب إزالة تلك الرحمة الفطرية واستبدالها بهذه القسوة الخارجة عن فطرة الحيوانات إن كان عاقلًا ولكن يعاقب بغير القصاص إذا رأى القاضي ذلك .

١٨١٢ - **رابعًا** : المحرمية فلو أراد الملاعن أن يزوج بنته لمن نفاه أو لابنه ، فلا يجوز ؛

= منه ، حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح ، كذا في المبسوط ، وهكذا في النهاية ، ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه . وعند أبي يوسف ﷺ : أن القاضي يفرق ويقول : ألزمته أمه وأخرجته من نسب الولد حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب ، كذا في الكافي ، وفي المبسوط : هذا هو الصحيح ، كذا في شرح مجمع البحرين لابن الملك » .

وجاء فيه أيضا (٥٢١/١) : « ولد الملاعنة في حق بعض الأحكام ألحق بالنسب حتى قالوا بأن شهادة ولد الملاعنة لأبيه لا تقبل ، وكذلك شهادة الرجل لولد الملاعنة لا تقبل ، وكذلك لو وضع الرجل زكاته في ولد الملاعنة أو وضع ولد الملاعنة زكاة ماله في أبيه لا يجوز ، وكذلك لو كان لولد الملاعنة ابن وللزوج ابنة من امرأة أخرى فتزوج هذا الابن هذه الابنة ، أو كان لولد الملاعنة بنت وللزوج ابن من امرأة أخرى فتزوج هذا الابن هذه الابنة لا يجوز ، وكذلك إذا ادعى إنسان هذا الولد لا يصح ، وإن صدقه الولد في ذلك وفي حق بعض الأحكام ألحق بالأجانب حتى قيل لا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه ، كذا في الذخيرة » .

لأنه يحتمل أن يكون ابنه ، خصوصًا وأن الفراش كان موجودًا .

١٨١٣ - **خامسًا** : الالتحاق بالغير فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح لاحتمال أن يكذب النافي نفسه ، ولذا قال بعض المحققين : إن ادعاه آخر بعد موت الملاعن يصح ؛ لأن الولد غير معلوم النسب ولا أمل في اعتراف الملاعن بنسبه لأنه قد مات . وحقق بعضهم صحة دعوى غير الملاعن مطلقًا ؛ لأنه غير معلوم النسب .

(مادة ٣٣٨)

إِذَا مَاتَ ابْنُ اللِّعَانِ عَنْ وَلَدٍ ، فَادَّعَاهُ الْمُلاعِنُ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَيُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ ، وَيَرِثُ مِنَ الْمُتَوَفَّى .

وَإِذَا مَاتَتْ بِنْتُ اللِّعَانِ عَنْ وَلَدٍ ، فَادَّعَاهُ الْمُلاعِنُ ، فلا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَلا يَرِثُ مِنْ أُمِّهِ .

* * *

١٨١٤ - إذا كان ولد اللعان حيًا . فإن مات عن ولد : فإما أن يكون ولد اللعان مذكرًا أو مؤنثًا . فإن كان مذكرًا وادعي الملاعن ولده بأن قال هذا : ابن ابني ، أو : هذه بنت ابني ؛ ثبت نسبه من الملاعن ، فيرث إرث ابن الابن أو بنت الابن ، وتلزمه نفقته وتجري بينهما سائر الحقوق ، ويعد مكذبا نفسه فيحد حد القذف .

وإن كان ولد اللعان مؤنثًا فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغنائه بنسب أبيه ؛ لأن ولد البنت ينسب إلى الأب .

وقال محمد وأبو يوسف : يثبت نسبه منه . فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك ، وحينئذٍ يكون بينهما من الحقوق من نفقة وارث وغيرهما مثل ما يكون بين الجد الفاسد وولد بنته ، ويحد حد القذف على قولهما في الصورة الثانية واتفاقًا في الصورة الأولى .

(مادة ٣٣٩)

الْفُرْقَةُ بِاللِّعَانِ طَلاقٌ بَائِنٌ . وَمَا لَمْ يُفَرِّقِ الحَاكِمُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ اللِّعَانِ فَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةٌ ، وَيَجْرِي التَّوَارُثُ بَيْنَهُمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا وَكَانَ الآخَرُ مُسْتَحِقًّا لِلْمِيرَاثِ . وَإِنَّمَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُلاعِنِ وِقَاعُ الْمَرْأَةِ ، وَالاسْتِمْتَاعُ بِهَا .

وَحُرْمَةُ الْفُرْقَةِ بِاللِّعَانِ تَدُومُ مَا دَامَ كُلٌّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ أَهْلًا لَهُ ، فَإِنْ خَرَجَا أَوْ أَحَدُهُمَا عَنْ أَهْلِيَّتِهِ ؛ جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤٤ ، ٢٤٥) : « للعان حكمان : أحدهما : أصلي ، والآخر : ليس بأصلي . **أما الحكم الأصلي للعان** : فنذكر أصل الحكم ووصفه ، **أما الأول** : فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة : هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ، ويجري التوارث بينهما قبل التفريق . وقال زفر والشافعي : هو وقوع الفرقة بنفس اللعان إلا أن عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا ، وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة . وجه قول الشافعي : أن الفرقة أمر يختص بالزوج . ألا ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة ؟ فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق ، واحتج زفر : بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » . وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص . ولنا : ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلًا لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وانتفى من ولدها ، ففرق النبي ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . وعن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرق بينهما . وروي : أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وبين امرأته ، فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام : « الله يعلم أن أحدكما لكاذب فهل منكما تائب ؟ » قال ذلك ثلاثًا ، فأبيا ففرق بينهما . فدلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها ، إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ؛ ولأن ملك النكاح كان ثابتًا قبل اللعان . والأصل : أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعًا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الإزالة من الزوج ؛ لأن اللعان لا ينبئ عن زوال الملك ؛ لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين ، وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان ، والقدرة على الامتناع ثابتة ، فلا تقع الفرقة بنفس اللعان ، وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي ، ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان ؛ لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله ﷻ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ إلى آخر ما ذكر ، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج ؛ فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص .

وأما زفر فلا حجة له في الحديث ؛ لأن المتلاعن متفاعل من اللعن ، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلًا حقيقة فلا يبقى ملاعنًا حقيقة ، فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه ، وإنما الثابت عقيبه وجوب التفريق ، فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة ، فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ، ينظر إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهدات ، **والدليل على أن تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة** : **أحدها** : أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان ، **والثاني** : أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الأكثر ، **والثالث** : أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة فلأن يسوغ له =

= الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى ؛ فثبت أن قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة ؛ لأن كتاب اللّٰه ورد باللعان بعدد مخصوص ، وكذا النبي ﷺ لاعن بين الزوجين على ذلك العدد وإذا كان ذلك العدد منصوصًا عليه ، فالاجتهاد إذا خالف النص باطل ، فالجواب ممنوع إن اجتهاد القاضي خالف النص فإن التنصيص على عدد لا ينفي جواز الأكثر وإقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز أيضًا ، فلم يكن الحكم منصوصًا عليه بل كان مسكوتًا عنه فكان محل الاجتهاد ، **وفائدته** : التنصيص على العدد المذكور ، والتنبيه على الأصل والأولى ، وهذا لا ينفي الجواز .

وأما الثاني : فقد اختلف العلماء فيه أيضًا ؛ قال أبو حنيفة ومحمد : الفرقة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد والتزوج ما داما على حالة اللعان فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته ، جاز النكاح بينهما ويجتمعان ، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد : هي فرقة بغير طلاق وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبي ﷺ : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » وهو نص في الباب وكذا روي عن جماعة من الصحابة ﭫ مثل عمر وعلي وعبد اللّٰه بن مسعود وغيرهم ﭫ أنهم قالوا : المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا ، ولأبي حنيفة ومحمد ما روي : أن رسول اللّٰه ﷺ لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر : كذبت عليها يا رسول اللّٰه إن أمسكتها ؛ فهي طالق ثلاثًا ، وفي بعض الروايات : كذبت عليها إن لم أفارقها فهي طالق ثلاثًا ؛ فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين ؛ لأن عويمر طلق زوجته ثلاثًا بعد اللعان عند رسول اللّٰه ﷺ فأنفذها عليه رسول اللّٰه ﷺ ، فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقًا كما في العنين ؛ ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج ؛ لأنه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة ، فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى القذف السابق وكل فرقة تكون من الزوج ، أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقًا كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك ، وهو قول السلف : إن كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق من نحو إبراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم ﭫ .

وأما الحديث : فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا أن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل ، ومتى فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة ، فانصرف المراد إلى الحكم ، وهو أن يكون حكم اللعان فيهما ثابتًا فإذا أكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنًا حقيقة وحكمًا فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف ﴿ إِنَّهُمْ إِن يَظْهَرُوا۟ عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِى مِلَّتِهِمْ وَلَن تُفْلِحُوٓا۟ إِذًا أَبَدًا ﴾ أي ما داموا في ملتهم .

ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا يفلحوا فكذا هذا .

وأما الحكم الذي ليس بأصلي للعان : فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف وهو القذف بالولد ؛ لما روي أن رسول اللّٰه ﷺ لما لاعن بين هلال بن أمية وبين زوجته وفرق بينهما ؛ نفى الولد عنه وألحقه بالمرأة ، فصار النفي أحد حكمي اللعان ، ولأن القذف إذا كان بالولد فغرض الزوج أن ينفي ولدًا ليس منه في زعمه ، فوجب النفي تحقيقًا لغرضه ، وإذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان ، فلا يجب قبل وجوده ، وعلى هذا =

= قلنا : إن القذف إذا لم ينعقد موجبًا اللعان ، أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا ينقطع نسب الولد ، وكذا إذا نفى نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله أنه لمن الكاذبين ، وقد قالت : إنه صادق وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب ؛ لأنه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه ؛ لأن النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجد ، ولا يعتبر تصادقهما على النفي ؛ لأن النسب يثبت حقًّا للولد وفي تصادقهما على النفي إبطال حق الولد ، وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما إذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما إذا علقت وهي كتابية أو أمة ثم أعتقت الأمة أو أسلمت الكتابية فولدت فنفاه أنه لا ينقطع نسبه ؛ لأنه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق . وقطع النسب حكم اللعان ثم لوجود قطع النسب شرائط : منها التفريق ؛ لأن النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي ، ومنها أن يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو بيومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها لتهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتًا .
وروي عن أبي حنيفة أنه وقت له سبعة أيام ، وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يومًا ، واعتبر الشافعي الفور فقال : إن نفاه على الفور انتفى وإلا لزمه . وجه قوله : أن ترك النفي على الفور إقرار منه دلالة فكان كالإقرار نصًّا . وجه قولهما : أن النفاس أثر الولادة فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة ولأبي حنيفة أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل فلا بد له من زمان التأمل وإنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فتعذر التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضي مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك ، وبهذا يبطل اعتبار الفور ؛ لأن معنى التأمل والتروي لا يحصل بالفور وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته : إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب أنه له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة . وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر ؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعًا وروي عن أبي يوسف أنه قال : إن قدم قبل الفصال فله أن ينفيه في مقدار مدة النفاس وإن قدم بعد الفصال فليس له أن ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد .
كذا ذكره القدوري ، ووجهه : أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغر فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعدما صار شيخًا وذلك قبيح . وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إن بلغه الخبر في مدة النفاس فله أن ينفي إلى تمام مدة النفاس وإن بلغه الخبر بعد أربعين فقد روي عن أبي يوسف أنه قال له أن ينفي إلى تمام سنتين ؛ لأنه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ، ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف أنه لا يقطع النسب ويلاعن وعن محمد أنه قال : ينتفي الولد إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يومًا ، ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إقرارًا منه بنسب الولد لا نصًّا ولا دلالة فإن سبق لا يقطع النسب من الأب ؛ لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه ؛ لأنه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحو أن يقول : هذا ولدي ، أو هذا الولد مني .

= والدلالة هي : أن يسكت إذا هنئ ولا يرد على المهنئ ؛ لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة ، فكان السكوت والحالة هذه اعترافًا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف ، وروى ابن رستم عن محمد : أنه إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافًا ، وإن سكت في ولد الزوجة كان اعترافًا . ووجه الفرق : أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إلا أن له غرضية النفي من الزوج ، فإذا سكت عند التهنئة دل على أنه لا ينفيه ، فبطلت الغرضية فتقرر النسب ، فأما ولد الأمة فلا يثبت إلا بالدعوة ولم توجد فإن جاءت بولدين في بطن فأقر بأحدهما ونفى الآخر ، فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعًا أما لزوم الولدين فلأن إقراره بالأول إقرار بالثاني ؛ لأن الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت نسب بعض الحمل دون بعض كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به . والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه ، فلم يصح نفيه ، فيثبت نسبهما جميعًا ويلاعن ؛ لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وإن كان لا يقطع نسبه ؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة .
ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد ؟ ثم إنما وجب اللعان ؛ لأنه لما أقر بالأول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ، ومن قال لامرأته : أنت عفيفة ثم قال لها : أنت زانية يلاعن ، وإن نفى الأول وأقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه جميعًا ، أما ثبوت نسب الولدين فلأن نفي الأول وإن تضمن نفي الثاني فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول فيصير مكذبًا نفسه ، ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يحد وإذا حد لا يلاعن ؛ لأنهما لا يجتمعان ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة . ومن قال لامرأته : أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة ، يحد حد القذف ولا يلاعن .
ومنها : (أي من شروط نفاذ اللعان) أن يكون الولد حيًا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فإن لم يكن لا يقطع نسبه من الأب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد ؛ لأن النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك إذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا ، وكذلك إذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان ؛ يلاعن الزوج ، ويلزمه الولد لما قلنا ، وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا ؛ يلاعن ويلزمه الولدان ؛ لأن النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا . وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان ؛ لأن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت ، فكذا نسب الحي ؛ لأنهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخي أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف ، وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن سماعة الخلاف في المسألة فقال : عند أبي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل . وجه قول محمد : أن اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل إنما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان ؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان . ولأبي يوسف : أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد فإذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا ينفي الولد . ولو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق وألزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ، ثم ولدت ولدا آخر من الغد ؛ لزمه الولدان جميعًا واللعان ماض ؛ لأنه قد ثبت نسب الولد الثاني إذ لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان ؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني ، وإن قال الزوج : =

= هما ابناي لا حدَّ عليه ؛ لأنه صادق في إقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعًا ، فإن قيل أليس إنه أكذب نفسه بقوله هما ابناي ؛ لأنه سبق منه نفي الولد ومن نفى الولد فلوعن ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد كما إذا جاءت بولد واحد فقال : هذا الولد ليس مني فلاعن الحاكم بينهما ثم قال : هو ابني ، فالجواب أن قوله : هما ابناي يحتمل الإكذاب ويحتمل الإخبار عن حكم لزمه شرعًا وهو ثبوت نسب الولدين فلا يجعل إكذابًا مع الاحتمال بل حمله على الإخبار أولى ؛ لأنه لو جعل إكذابًا للزمه الحد ، ولو جعل إخبارًا عما قلنا لا يلزمه . وقد قال النبي ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات » ، وقال : « ادرءوا الحدود ما استطعتم » حتى لو قال : كذبت في اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يحد ؛ لأنه نص على الإكذاب فزال الاحتمال ، وقد قال مشايخنا : إن الإقرار بالولد بعد النفي إنما يكون إكذابًا إذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن به إذا كان من أهل اللعان وههنا لم يوجد ؛ لأنه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف الفصل الأول ؛ فإنه لو لم يقر بهما للوعن به . وعلى هذا قالوا : لو ولدت امرأته ولدًا فقال : هو ابني ثم ولدت آخر فنفاه ، ثم أقر به لا حد عليه ؛ لأنه لم يصر مكذبًا نفسه بهذا الإقرار . ألا ترى أنه لو لم يقر به لا يلاعن بنفي الولد لثبوت نسب الولدين . ولو قال : ليسا بابني كانا ابنيه ولا حد عليه ؛ لأنه أعاد القذف الأول وكرره ؛ لتقدم القذف منه واللعان ؟ والملاعن إذا كرر القذف لا يجب عليه الحد .

ولو طلق امرأته طلاقًا رجعيًا فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فأقر به ؛ فقد بانت ولا لعان ولا حد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : هذه رجعية وعلى الزوج الحد ، فنذكر أصلهما وأصله ، وتخرج المسألة عليه ، فمن أصلهما : أن الولد الثاني يتبع الولد الأول ؛ لأنها جاءت به في مدة يثبت نسبه فيها وهكذا هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعًا له فجعل كأنها جاءت بهما لأقل من سنتين فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير أجنبية فيتعذر اللعان .

ومن أصله : أن الولد يتبع الثاني ؛ لأن الثاني حصل من وطء حادث بعد الطلاق بيقين إذ الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين والأول يحتمل أنه حصل من وطء حادث أيضًا وإنما نرد المحتمل إلى المحكم فجعل الأول تابعا للثاني فصار كأنها ولدتهما بعد سنتين . والمطلقة طلاقًا رجعيًا إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين ثبتت الرجعة ؛ لأنه يكون من وطء حادث بعد الطلاق بيقين فيصير مراجعًا لها بالوطء ، فإذا أقر بالثاني بعد نفي الأول فقد أكذب نفسه فيحد ، وإن كان الطلاق بائنًا والمسألة بحالها يحد ، ويثبت نسب الولدين عندهما ، وعند محمد : لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين ؛ لأن من أصلهما أن الولد الثاني يتبع الأول فتجعل كأنها جاءت بهما لأقل من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لإكذاب نفسه . ومن أصله : أن الأول يتبع الثاني وتجعل كأنها جاءت به لأكثر من سنتين والمرأة مبتوتة ، والمبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها ؛ لأن معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها . ومنها : أن لا يكون نسب الولد محكومًا بثبوته شرعًا ، كذا ذكر الكرخي ، فإن كان لا يقطع نسبه فصورته ما روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به فضرب القاضي الأجنبي الحد فإن نسب الولد يثبت من الزوج ويسقط اللعان ؛ لأن القاضي لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه ، والحكم بكذبه حكم =

= بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وإنما سقط اللعان ؛ لأن الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في عين ما قذفت به ثم إذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأم يبقى النسب في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله ونحو ذلك من الأحكام إلا أنه لا يجري التوارث بينهما . ولا نفقة على الأب ؛ لأن النفي باللعان يثبت شرعًا بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودًا على فراشه وقد قال النبي ﷺ : « الولد للفراش » فلا يظهر في حق سائر الأحكام .

وجاء في الفتاوى الهندية (٥١٦/١) : « إذا التعنا فرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة حتى يقضي بالفرقة على الزوج فيفارقها بالطلاق فإن امتنع فرق القاضي بينهما ، وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة يقع طلاق الزوج عليها ، وظهاره وإيلاؤه ، ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما . ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته أو امتنع أحدهما ؛ أجبرهما الحاكم عليه . ولو أنها جنت بعدما التعن الزوج قبل أن تلتعن هي ؛ سقط اللعان ولا حد . ولو أنهما لما فرغا من اللعان ؛ سألا القاضي أن لا يفرق بينهما لم يجبهما إلى ذلك ، ويفرق بينهما ، كذا في الجوهرة النيرة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣٨٥/٣ ، ٣٨٦) : « (أحكام اللعان : ينفسخ به) أي بلعان الرجل (النكاح) كالرضاع (وتتأبد) به (الحرمة ظاهرًا أو باطنًا سواء صدقت أم صدق) فيحرم عليه نكاحها ووطؤها بملك اليمين لو كانت أمة فملكها لخبر : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » . لكن ظاهره يقتضي توقف ذلك على تلاعنهما معًا وليس مرادًا كالفرقة بغير اللعان فإنها تحصل بوجوب سبب من أحد الجانبين ، والتأبيد هنا صفة تابعة ولا مدخل للطلاق في ذلك وما روي : أن عويمرا طلق امرأته بعد اللعان فلأنه ظن أن اللعان لا يحرمها فقال له النبي ﷺ : « لا سبيل لك عليها » أي لا ملك فلا يقع طلاقك قال ابن المنذر وعلى الحاكم أن يعلمهما بالفرقة إن كانا جاهلين كما أعلمهما النبي ﷺ بقوله : « لا سبيل لك عليها » (ويسقط به) عنه (حد قذفها) لآية ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ إذ ظاهرها لأن لعانه كشهادة الشهود في سقوط الحد به (و) يسقط به حد (قذفه للزاني إن سماه في لعانه) كما مر (وينتفي) به (النسب) عنه (إن نفاه) في لعانه لما في الصحيحين : أنه ﷺ فرق بينهما وألحق الولد بالمرأة (ويثبت) به (حد الزنا عليها) للآية (وتسقط) به (حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن) هي أو لاعنت ، ثم قذفها بذلك الزنا أو أطلق كما مر (ويتشطر) به (الصداق قبل الدخول) كالطلاق قبله (ويستبيح) به (نكاح أختها وأربع سواها) وإن لم تنقض عدتها كما في الطلاق البائن (ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضي ولا على لعانها) بل يحصل بمجرد لعان الزوج (وإنما هو) أي لعانها (لدرء الحد عنها) للآية (فإن أثبت) أي أقام بينة (بزناها) أو بإقرارها به (لم تلاعن) لدرء الحد ؛ لأن اللعان حجة ضعيفة لا تقاوم البينة (وسقط) بذلك (الحد) للقذف (عنه ووجب) به حد الزنا (عليها) عملًا بالبينة » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢١٥/١) : « فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق (التوضيح) فرع : والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق ، قال في البيان : هذا مذهب مالك وجميع أصحابه ، وقال جماعة من أصحابنا : إنه طلقة بائنة » .

١٨١٥ - ومتى حصل اللعان بين الزوجين بأن قال الرجل أمام القاضي أربع مرات : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى . وقال في الخامسة : لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين . وقالت المرأة بعد ذلك أربع مرات أيضًا : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى . وقالت في الخامسة : غضب الله عليَّ إن كان من الصادقين ؛ حكم القاضي بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه .

١٨١٦ - فإذا لم يفرق الحاكم (القاضي) بينهما فالزوجية قائمة .

وينبني على ذلك : أنه إذا مات أحدهما قبل التفريق ؛ ورثه الآخر ، لكن لا يجوز لهما الوقاع والاستمتاع لقوله عليه الصلاة والسلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » [1] .

١٨١٧ - فإن فرق القاضي بينهما : انقطعت الزوجية وبانت منه المرأة بينونة صغرى ؛ لأن التفريق باللعان طلاق بائن لأن الزوج أقدم على القذف الموجب للعان الذي نشأ عنه التفريق ، فكأن الزوج هو الذي طلق وإنما ناب عنه القاضي في التفريق .

ولكن هذا الطلاق يخالف الطلاق الواقع في غير هذه الحالة ، إذ الزوج في اللعان لا يجوز له أن يعقد على المرأة مرة ثانية ما دام كل منهما أهلا للعان .

١٨١٨ - فإن خرجا عن الأهلية أو خرج أحدهما بأن صار فاسقًا أو أخرس أو أصم ؛ جاز لهما عقد النكاح سواء كان ذلك في العدة أو بعدها ، ولا يرد الحديث المتقدم ؛ لأن الحكم فيه بالتحريم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم لقولهم : إن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق .

= قول الحنابلة : جاء في المغني (٥٣/٨ ، ٥٤) : « وفرقة اللعان فسخ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلاق ؛ لأنها فرقة من جهة الزوج ، تختص النكاح ، فكانت طلاقًا ، كالفرقة بقوله : أنت طالق . ولنا : أنها فرقة توجب تحريمًا مؤبدًا ، فكانت فسخًا ، كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقًا ، كسائر ما ينفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقًا ، لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة » .

(١) السنن الكبرى للبيهقي : (٤٠٩/٧) ، وسنن الدارقطني : (٢٧٦/٣) (١١٦) .

الفصل الثاني
في ثبوت نسب الولد المولود
من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

(مادة ٣٤٠)

إِذَا وَلَدَتِ الْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا قَبْلَ الْمُتَارَكَةِ وَالتَّفْرِيقِ ، وَكَانَتْ وِلادَتُهَا لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ وَلَوْ لِعَشْرِ سِنِينَ مِنْ حِينِ وِقَاعِهَا لَا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا ، ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْ أَبِيهِ بِلَا دَعْوَى ، وَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ .

فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ فَسْخِ النِّكَاحِ بِالْمُتَارَكَةِ أَوْ التَّفْرِيقِ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤١) : « قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية ، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة .

وقال الشافعي : يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد ؛ لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب والجواب أن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان إلا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/١٢٤ ، ١٢٥) : « وإن فسد نكاحه أو فسقًا أو رقًا لا كفرًا يعني أن اللعان يكون في النكاح الفاسد الذي لا يقر الزوجان عليه بحال كالصحيح لثبوت النسب فيه ويكون أيضًا بين الزوجين الفاسقين أو الرقيقين وأما الزوجان الكافران فإنه لا يصح منهما اللعان نعم إن جاءوا إلينا ورضوا بأحكامنا حكمنا بينهم بحكم المسلمين ومفهوم كفر أن المسلم يلاعن اليهودية والنصرانية قال في الجلاب لكن لعانه لنفي الحمل أو الولد لا للرمي ولما كان للعان أسباب أو شروط ثلاثة أشار إلى أولها بقوله . إن قذفها بزنا صريح لا تعريض هي طائعة فيه في قبل أو دبر ورفعته ؛ لأنه من حقها وإلا فلا لعان ولعل المؤلف لم يقيد بالصريح والطوع لذكره حكمهما بعد بقوله وتلاعنا إن رماها بغصب إلخ وبقوله كقوله وجدتها مع رجل في لحاف (وقوله في نكاحه) متعلق بقذف أي يجب أن يكون قذفه لها في نكاحه يريد وتوابع النكاح من العدة كالنكاح كما يأتي وسواء كان حصول الزنا منها في نكاحه أو قبله كما لو قال لها : رأيتك تزني قبل أن أتزوجك أو قذفها قبل نكاحه فلم يحد حتى تزوجها فقذفها يحترز عما لو خرجت من العدة فقذفها أو قذفها ثم تزوجها ولم يقذفها بعد أن تزوجها فقوله (وإلا حد) أي بأن قذفها قبل نكاحه أو بعد خروجها من العدة حد » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٤٥ ، ٤٦) : « وإذا نكح امرأة نكاحًا فاسدًا ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا حد عليه . وإن لم يكن بينهما ولد ، حد ولا لعان بينهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفيه ، ولا اللعان ؛ لأنها أجنبية ، فأشبهت سائر =

١٨١٩ - قد عرفت في شرح مادة (٣٣٢) أن العقد إذا كان صحيحًا وأتت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر من وقت العقد ثبت نسبه من الزوج على ما فيه من الخلاف بين الأئمة .

أما لو كان عقد الزواج فاسدًا فلا يثبت نسب الولد من الزوج ، إلا إذا جاءت به لتمام ستة أشهر من وقت الدخول بها ووقاعها في محل الحرث .

وينبني على ذلك : أن الفراش إنما يثبت من حين الدخول بها ووقاعها في محل الحرث ، فالمتزوجة زواجًا فاسدًا إذا أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين وقاعها ؛ لا يثبت نسبه من أبيه وإن مضى ستة أشهر من حين العقد .

نعم إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى يثبت نسبه منه ويحمل على أن المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة .

أما إن جاءت به لتمام ستة أشهر من حين الوقاع ؛ يثبت نسبه ، وجميع الأولاد التي تولد من المرأة بعد هذه المدة تنسب للزوج ما دام معاشرًا لها معاشرة الأزواج .

فإذا فرق بينهما القاضي أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد ؛ يثبت نسبه إذا جاءت به لأقل من سنتين من حين التفريق ، وإن جاءت به لأكثر منهما ؛ فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل بعد التفريق فلا يمكن ثبوت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه غير قائل إنه من الزنى .

وإذا أراد الزوج نفي الولد الذي نسب إليه ؛ فلا يتأتى له نفيه على رأى أبي حنيفة وأصحابه ، لأنه لا يتأتى له نفيه إلا باللعان وهو غير ممكن لأن العقد فاسد ، ومن شروط

= الأجنبيات ، أو إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا : أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفيه ، كما لو كان النكاح صحيحًا ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه لا حاجة إلى القذف ؛ لكونها أجنبية ، ويفارق سائر الأجنبيات ؛ لأنه لا يلحقه ولدهن ، فلا حاجة به إلى قذفهن ، ويفارق الزوجة . فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحد ؛ لأنه لعان مشروع لنفي الحد ، فأسقط الحد ، كاللعان في النكاح الصحيح . وهل يثبت التحريم المؤبد ، فيه وجهان : أحدهما : يثبته ؛ لأنه لعان صحيح ، أشبه لعان الزوجة . والثاني : لا يثبته ؛ لأن الفرقة لم تحصل به ، فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به . ولو لاعنها من غير ولد ، لم يسقط الحد ، ولم يثبت التحريم المؤبد ؛ لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه . وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك ؛ لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح ، فأشبه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته » .

اللعان : أن يكون العقد صحيحًا (١) .

(مادة ٣٤١)

المَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي المَحَلِّ أَوْ فِي العَقْدِ إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الوَاطِئِ إِنِ ادَّعَاهُ .

وَكَذَلِكَ المَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةِ الفِعْلِ الَّتِي زُفَّتْ إِلَى الوَاطِئِ ، وَقِيلَ لَهُ : هِيَ زَوْجَتُكَ . وَلَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ (٢) .

* * *

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٢) : ١ - المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لمئة وثمانين يومًا فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج .

٢ - إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٦) أ - يثبت نسب الولد بالفراش إذا مضى على الزواج أقل مدة الحمل وكان التلاقي بين الزوجين ممكنا .

ب - يثبت نسب الولد من عقد فاسد أو وطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (١٥٥/٢) : « (ومن زفت إليه غير امرأته ، وقالت النساء : إنها زوجتك فوطئها فلا حد عليه وعليه المهر) يعني مهر المثل وعليها العدة ولا يحد قاذفه لأن وطأه في غير ملكه ويثبت نسب ولدها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦٦/٨ ، ٦٧) : « وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة ، فأتت بولد ، لحقه نسبه . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي : وجدت بخط أبي بكر ، أنه لا يلحق به ؛ لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح ، أو فاسد ، أو ملك ، أو شبهة ملك ، ولم يوجد شيء من ذلك ، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد ، فلم يلحق الولد فيه بالوطء ، كالزنا . والصحيح في المذهب الأول .

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد . ولأنه وطء اعتقد الواطئ حله ، فلحق به النسب ، كالوطء في النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا ، فإنه لا يعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين ، فغلط بهما عند الدخول ، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى ، فوطئها ، وحملت منه ، لحق الولد بالواطئ ؛ لأنه وطء يعتقد حله ، فلحق به النسب ، كالوطء في نكاح فاسد . وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطئ ، وإنما يكون للزوج . وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة ، لأن الولد للفراش . ولنا : أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب ، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيًا ، والخبر مخصوص بهذا ، فنقيس عليه ما كان في معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه ، فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء ، لحق الواطئ ، وانتفى عن الزوج من غير لعان ، وعلى قول أبي بكر ، وأبي حنيفة يلحق بالزوج ؛ لأن الولد للفراش . وإن أنكر الواطئ الوطء ، فالقول قوله بغير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج ؛ لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب =

١٨٢٠ - وكل هذه الأحكام إن كان هناك عقد سواء كان صحيحًا أو فاسدًا ، أما إذا لم يكن بأن حصل وطء بشبهة فتتبع الأحكام الآتية وإليك بيانها :

اعلم أن الشبهة : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت . وهي على ثلاثة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في العقد ، وشبهة في الفعل .

١٨٢١ - **فشبهة المحل** : ويقال لها شبهة الملك بمعنى المملوك وتسمى أيضًا شبهة حكمية ؛ لأن سببها حكم الشارع تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده وذلك لأن الشبهة ناشئة من الدليل الشرعي .

فإذا تحققت هذه الشبهة يدرأ بها الحد ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة . فإذا لامس الأب جارية ابنه وجاءت منه بولد وادعاه ؛ ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد ، وإن ظن الحرمة لأن الشبهة ثابتة بقول النبي عليه الصلاة والسلام للغلام الذي اشتكاه أبوه : « **أنت ومالك لأبيك** » [(١)] .

١٨٢٢ - فهذا الحديث أوجب شبهة في نفس جارية الابن بالنسبة إلى الأب ولذا لا يحد لقوله عليه الصلاة والسلام : « **ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم** » [(٢)] . وإنما

= الولد . وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال ؛ لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ . وإن اشتركا في وطئها في طهر ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ؛ لحق الزوج ؛ لأن الولد للفراش ، وقد أمكن كونه منه . وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ .

فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما ، فإن ألحقته بالواطئ لحقه ، ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج لحقه ، ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين . والأخرى : له ذلك . وإن ألحقته بهما ، لحق بهما ، ولم يملك الواطئ نفيه عن نفسه . وهل يملك الزوج نفيه باللعان ، على روايتين . وإن لم توجد قافة ، أو أنكر الواطئ الوطء ، أو اشتبه على القافة ، لحق الزوج ؛ لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق ، ولم يوجد ما يعارضه ، فوجب إثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال ؛ لأن دلالة قول القافة ضعيفة ، ودلالة الفراش قوية ، فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة » .

(١) سنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في الرجل يأكل من مال ولده / ٣٥٣٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : التجارات / باب : ما للرجل من مال ولده / ٢٢٩١) .

(٢) قال العجلوني في كشف الخفاء (٧٣/١ ، ٧٤) : « رواه الحارثي في مسند أبي حنيفة عن ابن عباس مرفوعًا ، وأخرجه ابن السمعاني عن عمر بن عبد العزيز فذكر قصة طويلة فيها قصة شيخ وجدوه سكران فأقام عليه عمر الحد ثمانين ، فلما فرغ قال : يا عمر ، ظلمتني ؛ فإنني عبد . فاغتم عمر ، ثم قال : إذا رأيتم مثل هذا في سمته وهيئته وعلمه وفهمه وأدبه ، فاحملوه على الشبهة ، فإن رسول الله ﷺ قال : « ادرءوا الحدود =

أفاد الحديث الشبهة ولم يفد الملك كما هو الظاهر من لفظه ، لأن الصحابة أجمعوا على أن ظاهره غير مراد وإنما المراد وجوب نفقة الابن على الأب وإلا فلا معنى لكون الولد يكون مملوكًا للأب مع أن القرابة موجبة لتحرير الرقيق كما قال النبي ﷺ : « من ملك ذا رحم محرم منه ، عتق عليه » [(١)] .

١٨٢٣ - وكذلك لا معنى لكون الأب يكون مالكا لمال ابنه ملكًا حقيقيًا حتى يتصرف فيه كما يتصرف في مال نفسه ، فينتج من ذلك أن الحديث مصروف عن ظاهره وإنما أوجب شبهة حكمية في المحل كما تقدم .

١٨٢٤ - ومن ذلك ملامسة معتدة الكنايات فإنها ناشئة من قول سيدنا عمر : الكنايات رواجع . ومن ذلك أيضًا وطء الشريك الجارية المشتركة ووطء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها .

١٨٢٥ - وشبهة العقد : هي التي نشأت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة، كما

= بالشبهات » . قال شيخنا ، يعني : الحافظ ابن حجر - : وفي سنده من لا يعرف . وقال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديث مسند الفردوس : اشتهر على الألسنة ، والمعروف في كتب الحديث أنه من قول عمر بن الخطاب بغير لفظه .

وعزاه في الدرر إلى الترمذي بلفظ : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان وجدتم للمسلم مخرجًا فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » . وأخرجه ابن أبي شيبة عن عمر بلفظ : لأن أخطئ في الحدود بالشبهات . وأخرجه ابن حزم في الإيصال بسند صحيح ، وأخرجه مسدد عن ابن مسعود أنه قال : ادرءوا الحدود عن عباد الله ﷺ . ورواه البيهقي عن عاصم بلفظ : ادرءوا بالشبهات ، وادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم . وقال : إنه أصح ما فيه . وأخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وأبو يعلى عن عائشة مرفوعًا بلفظ : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الامام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » .

ثم قال في المقاصد : ورويناه عن علي مرفوعًا بلفظ : ادرءوا الحدود ، ولا ينبغي للامام أن يعطل الحدود . وفيه المختار بن نافع منكر الحديث . وأخرجه ابن ماجه بسند فيه ضعيف عن أبي هريرة مرفوعًا : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعًا » . وقال النجم : ورواه ابن عدي في جزء له من مصر والجزيرة عن عباس بزيادة : « وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد من حدود الله تعالى » . ثم قال : وقال عمر بن الخطاب : لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إليّ أن أقيمها بالشبهات » . وينظر : سنن الترمذي (كتاب : الحدود عن رسول الله / باب : ما جاء في درء الحدود / ١٤٢٤) .

(١) سنن الترمذي (كتاب : الأحكام عن رسول الله / باب : ما جاء فيمن يملك ذا رحم محرم / ١٣٦٥) ، وسنن أبي داود (كتاب : العتق / باب : فيمن ملك ذا رحم محرم / ٣٩٤٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : من ملك ذا رحم محرم فهو حر / ٢٥٢٤) ، كلهم بلفظ : « فهو حر » .

إذا عقد رجل على معتدة الغير أو على محرم له رضاعًا أو مصاهرة أو نسبًا .

١٨٢٦ - فإن كان يعتقد الحل بأن كان لا يعرف تحريمها عليه أو يجهل الحكم الشرعي ، سقط عنه الحد وعزر ، ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة من الوطء الحاصل بعد ذلك العقد .

١٨٢٧ - وإن كان يعتقد الحرمة ، فلا يسقط عنه الحد ولا يثبت منه نسب الولد وإن ادعاه . هذا هو رأى أبي يوسف ومحمد .

١٨٢٨ - وقال الإمام : يسقط عنه الحد ويثبت نسب الولد إن ادعاه . والقول الأول هو الأرجح ، وقد تقدم لك شرح هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادتي (١٣١ ، ١٣٢) فارجع إليه إن شئت .

١٨٢٩ - وشبهة الفعل : هي التي تتحقق في نفس من اشتبه عليه الحل والحرمة ، بأن ظن ما ليس بدليل دليلًا مبيحًا لفعله وليس كذلك .

١٨٣٠ - وهذه الشبهة تسقط الحد إن قال : ظننت الحل . فإذا وطئ رجل مبانته بالثلاث وهي في العدة وقال : ظننت حلها لي . فلا حد عليه . وإن قال : علمت إنها عليَّ حرام . وجب عليه الحد .

١٨٣١ - وعلى كل حال لا يثبت منه نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإن ادعاه ؛ لأن ما حصل منه زنى وإنما سقط عنه الحد للشبهة التي قامت به للحديث .

١٨٣٢ - وكذا الحكم في وطء جارية الأب وجارية الزوجة والمطلقة على مال إذا وطئها بدون عقد . ثم إن الشبهة متى ثبتت عند أحد الجانبين ثبتت في حق الآخر ؛ لأنها ثابتة بالنسبة إلى الفعل وهو لا يتجزأ [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٣) : ١ - الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ .

٢ - متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث .

(مادة ٣٤٢)

إِذَا تَزَوَّجَ الزَّانِي مَزْنِيَّتَهُ الْحَامِلَ مِنْ زِنَاهُ ، فَوَلَدَتْ لِمُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَزَوَّجَهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ .

وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلا إِذَا ادَّعَاهُ غَيْرَ مُعْتَرِفٍ أَنَّهُ مِنَ الزِّنَى .

* * *

١٨٣٣ - وكل هذه الأحكام إن حصل الوطء بشبهة عند الواطئ . فإن حصل بلا شبهة كان زنى محضًا فلا يعوَّل عليه في حق ثبوت النسب ، ويترتب على ذلك أنه إذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقدًا صحيحًا وولدت لتمام ستة أشهر من حين العقد ، يثبت نسبه منه لأنه قد مضى على الحمل وهو في بطن أمه ستة أشهر بعد العقد وهي أقل مدة الحمل فيثبت نسبه ؛ لأن الولد للفراش .

١٨٣٤ - وإذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه لتحقق أن الحمل حاصل قبل العقد ، لكن إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى ، يثبت نسبه ويحمل على أنه حاصل بسبب عقد سابق أو ملامسة بشبهة .

الفصل الثالث
في ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

(مادة ٣٤٣)

إِذَا لَمْ تُقِرَّ الْمُطَلَّقَةُ الْكَبِيرَةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ كَانَتِ مُطَلَّقَةً رَجْعِيًّا، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا مِنْ زَوْجِهَا ، سَوَاءً وَلَدَتْهُ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الطَّلاقِ أَوْ لِتَمَامِهَا أَوْ لأَكْثَرَ ، وَلَوْ نَفَاهُ لاعَنَ .

وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً طَلاقًا بَائِنًا بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلاثَةٍ ، وَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ حِينِ الْوَفَاةِ . فَإِنْ وَلَدَتِ الْمُطَلَّقَةُ بَائِنًا أَوِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَلَدًا لأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ حِينِ الْبَتِّ أَوِ الْمَوْتِ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا بِدَعْوَةٍ مِنَ الزَّوْجِ أَوِ الْوَرَثَةِ (١) .

* * *

---

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٣/٣٩ - ٤٣) : « (ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وإن ولدته لأكثر من سنتين ما لم تقر بمضي العدة فكان رجعة في الأكثر منهما لا في الأقل منهما) أي من السنتين لأن ثبوت النسب يعتمد التصور ، وهو متصور في الصور كلها ما لم تقر بانقضاء عدتها على ما نبين ثم إن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا إشكال في ثبوت نسبه لأنه كان موجودًا وقت الطلاق فكان من علوق قبله ، وبانت بالوضع لانقضاء العدة ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ، ولأقل من سنتين فكذلك الحكم في ثبوت النسب والبينونة لأنه يحتمل أن يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه ، فإن قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق لأن الحوادث تحمل على أقرب أوقات الإمكان ، وفيه إثبات الرجعة أيضًا احتياطًا فكان أولى قلنا الحوادث إنما تحمل على أقرب أوقاتها إذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك ، وأما إذا وجد فلا ، وهنا وجد المقتضي لأن الطلاق الرجعي يقتضي البينونة عند انقضاء العدة ، والقول بثبوت الرجعة إبطال له فلا يجوز ، ولأن فيه حمل أمره على خلاف السنة ، وهو المراجعة بالفعل مع ما فيه من إثبات الرجعة بالشك ، وهو أيضًا لا يجوز فلا يصار إليه مع إمكان غيره ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين ثبت نسبه منه ، وكانت رجعة لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه فحمل عليه ، ولا يحمل على الزنا لإمكان الحل ، ولانتفاء الزنا عن المسلم ظاهرًا ، ولا يقال انتفاء الزنا ممكن بغير هذه الجهة ، وهو أن تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء عدتها فيكون الولد منه لأنا نقول الإبقاء أسهل من الابتداء فكان أولى ، هذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة ، وأما إذا أقرت به في مدة تحتمل ذلك فهو كما قالت ما لم يكذبها الظاهر . (والبت لأقل منهما) أي يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت إذا جاءت به لأقل من سنتين لأنه كان موجودًا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه احتيالاً لإثبات النسب على ما تقدم ، ولا يعتبر توهم غيره على ما بينا .

= قال ﷺ : (وإلا لا) أي إن لم تأت به لأقل منهما بل أتت به لأكثر لم يثبت نسبه لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها في العدة بخلاف الرجعي ، وتنقضي به العدة عند أبي يوسف . وعندهما : يحمل على أن عدتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر ، وتزوجت بغيره ، وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه تلك المدة حملًا لأمرها على الصلاح وإحياء للولد فلا يسمع إقرارها أنه من الزنا في حق الولد لأنه ضرر محض في حقه وأبو يوسف يقول : يحتمل أنه هو الذي وطئها في العدة أو غيره بشبهة أو بنكاح صحيح ، وسبب النفقة كان ثابتًا بيقين فلا يرد بالشك ، وفيه نظر فإن نسب الولد لم يثبت بيقين فأقل أحواله أن يكون وطئها أجنبي بشبهة فحبلت منه والمنكوحة إذا وطئت بشبهة فحبلت منه لا تجب لها النفقة على الزوج حتى تضع حملها لكونها مشغولة بغيره فكيف تجب في المعتدة وهي أدنى حالًا ولو ولدت ولدين توأمين أحدهما لأقل من سنتين ، والآخر لأكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجارية إذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الأول ثبت نسبهما منه لأنهما خلقا من ماء واحد .

وقال محمد : لا يثبت نسبهما لأن الثاني من علوق حادث فمن ضرورته أن يكون الأول كذلك لأنهما من ماء واحد بخلاف مسألة الجارية لأنه يحتمل أن يكون الثاني علقت به في ملكه لعدم الاستحالة حتى لو ولدت أحدهما لأقل من سنتين ، والآخر لأكثر ينبغي أن يكون الحكم كذلك أو نقول يمكن أن يفرق بينهما بأن البائع التزمه قصدا بالدعوى ، والزوج لم يدع حتى لو ادعى الزوج الأول كان مثله قال ﷺ : (إلا أن يدعيه) لأنه التزمه ، وله وجد بأن وطئها بشبهة وهي في العدة هكذا ذكروه ، وفيه نظر لأن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل ، وفيها لا يثبت النسب ، وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود فكيف أثبت به النسب هنا ، وذكر في النهاية أن الزوج إذا ادعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان ، وعزاه إلى شرح الطحاوي ثم المعتبر خروج الأكثر لأقل من سنتين ، وهو خروج الصدر إن خرج مستقيمًا ، وإن كان منكوسًا فسرته ، وهو المعتبر في انقضاء العدة ، وفي حق الإرث إذا مات قبل أن يخرج كله .

(والمراهقة لأقل من تسعة أشهر ، وإلا لا) يعني يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة إذا جاءت به لأقل من تسعة أشهر ، وإن جاءت به لأكثر لا يثبت ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، والرجعي والبائن فيه سواء ، وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين إن كان بائنًا ، وإن كان رجعيًا يثبت منه إلى سبعة وعشرين شهرًا ، وبعده لا يثبت لأن الحبل من المراهقة موهوم شرط انقضاء عدتها بمضي الأشهر أن لا تكون حاملًا ، وهو لا يعلم إلا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدتها احتمل أن تكون حاملًا بعلوق قبل الطلاق ، وفي الرجعي بعلوق في العدة ، وهذا القدر من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ، ولهما أنا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك ، وهو مناف للحمل ، ولانقضاء عدتها جهة معينة ، وهو مضي الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك بل فوقه لأنه لا يحتمل الخلاف ، والإقرار يحتمله ، ولا يرد على هذا المتوفى عنها زوجها حيث يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ، وإن كان لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي مضي الأشهر لأنا نقول لانقضاء عدتها جهتان الأشهر ، ووضع الحمل ، والجهتان متساويتان فيها فلا تتعين إحداهما عند الموت دون الأخرى بخلاف الصغيرة لأن الأشهر متعينة فيها إذ الأصل عدم الحبل منها ، ولا يقال الأصل في الكبير أيضًا عدم الحبل لأنا نقول ذلك في غير المنكوحة .

١٨٣٥ - اعلم أن المرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها : إما أن تكون كبيرة ، وإما أن تكون صغيرة . فإن كانت كبيرة : فإما أن تكون الفرقة بالطلاق ، أو بالوفاة . وعلى كلٍّ : فإما أن تقر بانقضاء عدتها ، أو لا . فإن كانت الفرقة بالطلاق : فإما أن يكون رجعيًا ، أو بائنًا . وكلٌّ له أحكام تخصه وإليك بيانها :

١٨٣٦ - فإن كان الطلاق رجعيًا ولم تقر بانقضاء عدتها : فإما أن تلد لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامهما أو لأكثر . فإن ولدته بعد الطلاق لأقل من سنتين يثبت نسبه من الزوج ويحمل على وجوده في الرحم قبل الطلاق لأنه لم يمض عليه أكثر من أكثر مدة الحمل التي هي سنتان وبانت المرأة منه بالولادة لانقضاء عدتها بها واحتمال كون الحمل حادثًا بعد الطلاق لا يكون دليلًا على الرجعة ؛ لأنها لا تثبت بالشك .

= وأما في المنكوحة فلا لأنه لا يعقد إلا للإحبال هذا إذا لم تقر بالحبل ، ولا بانقضاء العدة ، وإن أقرت بالحبل فهو إقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة في حق ثبوت نسبه ، وإن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها بيقين ، وإلا لم يثبت لأن الجهة ، وهو الاعتداد بالأشهر قد تعينت بدون الإقرار فمع الإقرار أولى بخلاف الآيسة إذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالأشهر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين حيث يثبت نسبه ، والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الأقراء ، ولا كذلك الصغيرة ، ولهذا لم تستأنف العدة إذا حاضت بعد انقضائها ، والآيسة تستأنف . (والموت لأقل منهما) أي ويثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت ، وقال زفر رحمه الله : إذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا في الصغيرة من تعين عدتها بالأشهر ، ونحن قد ذكرنا الفرق هناك بينهما ، والصغير إذا توفى عنها زوجها فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين لأن القول قولها في ذلك ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدًا لم يثبت النسب منه ، وإن لم تدع حبلًا ، ولم تقر بانقضاء العدة فعند أبي حنيفة ومحمد إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه ، وإلا لم يثبت ، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين ، والوجه ما بينا في المعتدة الصغيرة من الطلاق والآيسة إذا طلقها زوجها بائنًا أو رجعيًا ، ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان الجواب فيها ، وفي ذوات الأقراء سواء لأنها لما ولدت بطل إياسها ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فكذلك الجواب حتى يثبت نسبه إلى سنتين إن كان الطلاق بائنًا ، وإلى ما لا نهاية له في الرجعي لأنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر لأنه لما ظهر أنها لم تكن آيسة فصار كأنها لم تقر بانقضاء العدة ، وإن أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالأشهر في مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه ، ويحمل إقرارها على انقضاء العدة بالأقراء لأنه هو الأصل ، ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل إقرارها إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين ، وإن كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها ، والتي من ذوات الأقراء سواء لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهما إذا لم تكن حاملًا » .

١٨٣٧ - وإن ولدته لتمام سنتين أو لأكثر ثبت نسبه أيضًا من الزوج ، ويحمل على أنه لامسها في العدة لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل فهي زوجة له حكمًا ، والفراش قائم ما دامت العدة باقية وهي باقية ما لم تقر بمضيها لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهتها ، فيجوز أن تكون ممتدة الطهر بسبب انقطاع الدم عنها زمنًا طويلًا وواقعها في أثناء تلك المدة ، وحينئذٍ تكون الولادة دليل الرجعة .

١٨٣٨ - وعلى هذا فذكر السنتين في المادة ليس الغرض منه تعيين زمن وإنما المراد عدم التقييد بزمن مخصوص كما في المبانة على ما سيأتى . فإذا نفاه لاعن لحكم الشارع ببقاء الزوجية .

١٨٣٩ - وإن كان الطلاق بائنًا وجاءت بولد لأقل من سنتين يثبت نسبه منه لأنه يحتمل أن يكون موجودًا في رحم أمه قبل الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل حصول الحمل ، فيكون في قطع نسبه هضم لحقوق الولد وضياع لشرف المرأة وعشيرتها ، وهو لا يقدم عليه بالظن فيثبت نسبه .

١٨٤٠ - وإن ولدته لتمام سنتين من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه ، لأنها جاءت به بعد زوال الفراش . وقال بعض العلماء : يثبت لأن الولد لم يمض عليه أكثر من سنتين من وقت زوال الفراش فيجوز أن يكون مخالطًا للمرأة وقت حصول الطلاق ، فمع وجود هذا الاحتمال لا يسوغ قطع نسب الولد وخدش شرف الأم .

١٨٤١ - وإن ولدته لأكثر من سنتين من وقت الإبانة ، فلا يثبت نسبه للتيقن بوجوده بعد زوال الفراش ، اللّهم إلا إذا ادعاه ولم يقل : إنه من الزنى . ولا يشترط في ذلك تصديق المرأة له ولا بيان السبب الذي ادعى به نسبه .

١٨٤٢ - وحكم المتوفي عنها زوجها ولم تقر بانقضاء عدتها كحكم المبانة، غير أن الذي يدعي الولد الذي جاء بعد سنتين هم الورثة ، فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت نسبه من الميت في حق الناس كافة فيطالبه مدين الميت بحقه ويخاصمه ويرجع على كفيله ونحو ذلك . وإن لم يكونوا من أهل الشهادة يثبت نسبه في حق المقرين لا غير فيزاحمهم في الميراث [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٠) : إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة .

(مادة ٣٤٤)

إِذَا أَقَرَّتِ الْمُطَلَّقَةُ رَجْعِيًّا أَوْ بَائِنًا أَوِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي مُدَّةٍ تَحْتَمِلُهُ ، ثُمَّ وَلَدَتْ ، فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ حَوْلٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ وَلأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ أَبِيهِ . وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ حَوْلٍ مِنْ حِينِ الإِقْرَارِ وَلأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْبَتِّ أَوِ الْمَوْتِ ، فَلا يَثْبُتُ نَسَبُهُ (١) .

* * *

١٨٤٣ - وإن أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة بين الطلاق أو الوفاة والإقرار بانقضائها تحتمل صدقها ، بأن كانت ستين يومًا على رأي الإمام الأعظم وتسعة وثلاثين يوما على رأي أبي يوسف : فإما أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الوفاة أو لا . وعلى كل : فإما أن يكون الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٤٣/٣) : « (والمقرة بمضيها لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) أي يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لظهور كذبها بيقين هذا إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفراق ، وإن جاءت به لأكثر منهما لا يثبت ، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما إذا أقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه لأن شرط ثبوته أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق ، وبعده لا يثبت ، وإن لم تقر بالانقضاء فمع الإقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيًا فحينئذٍ يثبت ، ويكون مراجعًا على ما بينا من قبل بقي فيه إشكال ، وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعد ما مضى سنة مثلًا ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لأنه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ، ولا يلزم من إقرارها انقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال ﷺ : (وإلا لا) أي إن لم تجئ به لستة أشهر من وقت الإقرار بل جاءت به لأكثر لا يثبت نسبه منه ، وقال الشافعي : يثبت لأن حمل أمرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه ، وفي ضده حمله على الزنا ، وهو منتف عن المسلم ، ولأن فيه ضررًا على الولد بإبطال حقه في النسب فيرد إقرارها . ولنا : أنها أمينة في الإخبار عما في رحمها ، وقد أخبرت بمضي عدتها ، وهو ممكن فوجب قبول خبرها حملًا لكلامها على الصحة ، ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لأنه يحتمل أنها تزوجت غيره فحبلت منه فحمل عليه عند الإمكان مع أنا نقول يجوز إبطال حق الغير بقول الأمين إذا لم يكن مكذبًا شرعًا ألا ترى أنها تصدق في انقضاء عدتها بالأقراء ، وإن تضمن ذلك إبطال حق الزوج في الرجعة » .

١٨٤٤ - فإن كان رجعيًا وولدته لأقل من ستة أشهر من حين الإخبار بانقضاء عدتها ولأقل من سنتين من حين الطلاق ، ثبت نسبه للتيقن بوجود الحمل في الزمن الذي أخبرت عنه بأنه آخر عدتها ، فيظهر كذبها ويبطل إقرارها . وكذلك إن ولدته لأكثر من سنتين من حين الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوقت الذي أخبرت فيه بانقضاء عدتها ، يثبت نسبه أيضًا للتيقن بكذبها ويحمل على أنه واقعها في أثناء العدة ، لأن الزوجية باقية حكمًا ويحكم بأنه راجعها .

١٨٤٥ - وإن ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من حين الوقت الذي أخبرت فيه بمضيها ، سواء ولدته لتمام سنتين أو لأكثر أو لأقل من حين الطلاق فلا يثبت نسبه لعدم التيقن بكذبها فيما أخبرت به ، فيحمل على أنها حملت من ملامسة حصلت بعد انقضاء عدتها .

١٨٤٦ - وإن كان الطلاق بائنًا أو كانت الفرقة بالوفاة فإن ولدته لأقل من سنتين من حين إبانتها أو وفاة زوجها ولأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت نسبه لظهور كذبها كما تقدم .

١٨٤٧ - وإن ولدته لتمام ستة أشهر أو لأكثر من حين انقضاء عدتها حسبما أخبرت ، فلا يثبت نسبه لعدم وجود ما يدل على كذبها ، ولا فرق في ذلك بين كونها ولدته لأقل من سنتين من حين إبانتها أو من حين وفاة زوجها أو لتمامهما أو لأكثر ، لعدم وجود ما يدل على كذبها .

١٨٤٨ - وإن ولدته لأكثر من سنتين من حين الإبانة أو الوفاة ولأقل من ستة أشهر من حين الوقت الذي أخبرت عنه بمضي عدتها فيه ، فلا يثبت نسبه لمضي مدة أكثر من أكثر مدة الحمل بعد الإبانة أو الوفاة فيكون الحمل حادثًا بعد الإبانة أو الوفاة ، فإذا ادعاه الزوج في صورة الطلاق ، ولم يصرح بأنه من الزنى ، يثبت نسبه ويحمل على أنه وجد بعد حصول عقد أو بعد وطئها بشبهة .

١٨٤٩ - وكذا إن ادعاه الورثة في صورة الوفاة وكانوا أهلًا للشهادة يثبت نسبه من أبيه في حق الناس كافة ، وإن لم يكونوا من أهلها يقبل قولهم في حقهم ويزاحمهم في الميراث [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣١) : المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يومًا من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت .

(مادة ٣٤٥)

إِذَا كَانَتِ الْمُطَلَّقَةُ مُرَاهِقَةً مَدْخُولاً بِهَا ، وَلَمْ تَدَّعِ حَبَلًا وَقْتَ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَوَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ .

فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ . وَإِذَا أَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ وَلأَقَلَّ مِنْ تِسْعَةٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ وَإِلَّا فَلَا .

وَإِنِ ادَّعَتْ حَبَلًا وَقْتَ الطَّلَاقِ ، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ لَوِ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، وَلأَقَلَّ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لَوِ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا [١] .

* * *

(مادة ٣٤٦)

الْمُرَاهِقَةُ الَّتِي تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَلَمْ تَدَّعِ حَبَلًا وَقْتَ وَفَاتِهِ ، وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا إِذَا وَلَدَتْ لأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةِ أَيَّامٍ ، ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ .

وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ عَشَرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةِ أَيَّامٍ أَوْ لأَكْثَرَ ، فَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ .

وَإِنِ ادَّعَتْ حَبَلًا وَقْتَ الْوَفَاةِ ، فَحُكْمُهَا كَالْكَبِيرَةِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ إِنْ لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . فَإِنْ أَقَرَّتْ بِانْقِضَائِهَا ، لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ، إلا إِذَا وَلَدَتْهُ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الإِقْرَارِ [٢] .

* * *

١٨٥٠ – وإن كانت صغيرة – أي : مراهقة – وهي التي قاربت البلوغ من راهق الشيء بمعنى قاربه : فإما أن تكون الفرقة بالطلاق وإما أن تكون بالوفاة فإن كانت بالطلاق فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده .

١٨٥١ – فإن كان قبله وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ولأكثر من حين العقد ، ثبت نسبه للجزم بوجوده قبل الطلاق لأنه لم يمض عليه بعد الطلاق وهو في بطن أمه أقل مدة الحمل .

(١، ٢) ينظر تعليقنا على مادة (٣٤٥) .

١٨٥٢ - فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ، فلا يثبت نسبه لأنه قد مضى عليه أقل مدة الحمل بعد الطلاق فلا يمكن الجزم بوجوده في بطن أمه قبله .

١٨٥٣ - وإن كان الطلاق بعد الدخول : فإما أن تقر بانقضاء عدتها أو لا فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من تسعة أشهر من حين الطلاق ، ثبت نسبه وبطل إقرارها لظهور كذبها .

١٨٥٤ - وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين الإقرار فلا يثبت نسب الولد لعدم الجزم بكذبها .

١٨٥٥ - وإن لم تقر ولم تدع حبلًا فعند أبي حنيفة ومحمد : إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وظهر أنها كبيرة ، وإن جاءت به لتمام تسعة أشهر أو لأكثر فلا يثبت نسب الولد منه لأن انقضاء عدة الصغيرة له جهة واحدة في الشرع وهو ثلاثة أشهر فبمضيها يحكم الشرع بانقضاء العدة ، والصغر المعين لعدتها قائم مقام إقرارها بل هو أقوى منه ؛ لأن إخبارها يحتمل الكذب بخلاف الانقضاء فإنه قد تحقق شرعًا .

١٨٥٦ - وقال أبو يوسف : إذا كانت المراهقة مطلقة طلاقًا بائنًا يثبت نسب الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامهما ، وإن كان طلاقها رجعيًا يثبت نسبه إلى سبعة وعشرين شهرًا لأنه يحتمل أن يكون زوجها لامسها في آخر الثلاثة الأشهر التي هي عدتها فحملت منه وبقى الولد في بطنها سنتين .

١٨٥٧ - ودليل قول أبي يوسف : أنه لما كانت المراهقة في سن يحتمل بلوغها مع أنها لم تقر بانقضاء عدتها أشبهت الكبيرة في احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة ، فيثبت نسب ما تأتي به إلى سنتين من حين حدوثه .

١٨٥٨ - وإن ادعت حبلًا وكان طلاقها بائنًا يثبت نسب ولدها إلى سنتين ويكون حكمها حكم الكبيرة .

١٨٥٩ - وإن كان طلاقها رجعيًا وجاءت بولد يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهرًا ولم تعامل معاملة الكبيرة المطلقة طلاقًا رجعيًا لأن عدتها متعينة بالأشهر ، فغاية ما يمكن أن يكون الرجل واقعها في آخر عدتها ومضى بعد ذلك سنتان ، بخلاف الكبيرة المطلقة رجعيًا فإنه يجوز امتداد طهرها فيجوز أن يواقعها في العدة ولو بعد سنين .

١٨٦٠ - وإن كانت الفرقة بالوفاة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلًا ثم جاءت بولد بعد الفرقة ، فإن ولدته لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة يثبت نسب ولدها منه للعلم بوجود الحمل في بطنها في العدة حيث لم يمض عليه بعد انقضائها أقل مدة الحمل فيظهر أنها كبيرة وتكون عدتها بوضع حملها ، وإن ولدته لأكثر من عشرة أشهر وعشرة أيام فلا يثبت نسبه لأنه بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام يحكم بانقضاء عدتها ، ولم يوجد دليل على أن عدتها بالحمل لأنه قد مضى بعد العدة ستة أشهر وهي كافية لتكوين الجنين لأنها أقل مدة الحمل .

١٨٦١ - وقال أبو يوسف : يثبت نسبه إلى سنتين لأنها في زمن يحتمل البلوغ فهي كالكبيرة كما تقدم في الفرقة بالطلاق . نعم إذا أقرت بانقضاء عدتها ومضي على آخر الانقضاء ستة أشهر فلا يثبت نسب ولدها اتفاقًا . وتأمل في هذا فإن العدة في هذه الحالة معينة فالإقرار وعدمه سواء .

١٨٦٢ - وإن لم تمض عليه ستة أشهر بأن ولدته لأقل من هذه المدة ؛ يثبت نسبه لظهور كذبها . وإن ادعت حبلًا فحكمها حكم الكبيرة من أنها إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامهما على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل ، وظاهر الحال يشهد لها ؛ لأن الفرض أنها مراهقة فتصدق في دعواها .

١٨٦٣ - ولا يخفى أن بعض مسائل ثبوت النسب مبنية على اعتبارات يدركها اللبيب المطلع على الأحكام المتقدمة وإن كان العقل يستبعدها [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٠٤) تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكرًا أو أنثى .

الفصل الرابع
في دعوى الولادة والإقرار بالأبوة والبنوة والأخوة وغيرها وإثبات ذلك .

(مادة ٣٤٧)

إِذَا ادَّعَتِ الزَّوْجَةُ الْمَنْكُوحَةُ الْوِلادَةَ ، وَجَحَدَهَا الزَّوْجُ ، ثَبَتَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ حُرَّةٍ عَدْلَةٍ ، كَمَا لَوْ أَنْكَرَ تَعْيِينَ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ تَعْيِينُهُ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ الْمُتَّصِفَةِ بِمَا ذُكِرَ (١) .

(١) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (١٧٥/٤ ، ١٧٦) : « (قوله : والمعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو إقرار به أو تصديق الورثة) أي : ويثبت نسب ولد المعتدة إن جحدت ولادتها بأحد أمور أربعة فلا يثبت بشهادة امرأة واحدة عند أبي حنيفة خلافًا لهما ؛ لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيه فيتعين بشهادتها وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة وإنما اكتفي بظهور الحبل أو الاعتراف به ؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها وإنما اكتفي بتصديق الورثة إذا كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد أحد عليها في قولهم جميعًا ؛ لأن الإرث خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم . وأما في النسب فظاهر المختصر أنه يثبت في حق غيرهم أيضًا ؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولذا كان الأصح أنه لا يشترط في تصديقهم لفظ الشهادة في مجلس الحكم ولذا عبر في المختصر بلفظ التصديق دون الشهادة ؛ لأن ما ثبت تبعًا لا تراعى فيه الشرائط وقيل يشترط ليتعدى إلى غير المصدق وقيد بأن يكون المصدق جمعًا من الورثة ؛ لأن المصدق لو كان رجلًا أو امرأةً لم يشارك جميع الورثة ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين فكان ذلك كشهادة غيرهم إلا أنهم لم يعتبروا لفظ الشهادة والخصومة بين يدي القاضي ؛ لأنه يشبه الإقرار ؛ لأنه يشاركهم بإقرارهم فمن حيث إنه يشبه الشهادة اعتبر العدد ومن حيث إنه يشبه الإقرار ما اعتبرنا الخصومة وإتيان لفظ الشهادة توفيرًا على الشبهين حظهما . كذا في شرح الجامع الصغير لابن بندار .

وحاصله أنه يشترط أحد شرطي الشهادة في تصديقهم وهو العدد نظرا إلى أنه شهادة ولم يشترط لفظ الشهادة وينبغي أن لا تشترط العدالة أيضًا وعلى هذا لو قال المصنف وتصديق ورثة بالتنكير لكان أولى ؛ لأن الألف واللام أبطلت معنى الجمعية كما في قوله لا أشتري العبيد ولا أتزوج النساء لكن ذكر في البدائع أن العدد إنما اشترطه من جعلها شهادة كما اشترط لفظها ومن جعل التصديق إقرارًا فلم يشترط لفظها ولم يشترط العدد أيضًا وعبارة فتاوى قاضي خان امرأة ولدت بعد موت زوجها ما بينها وبين سنتين إن صدقها الورثة في الولادة يثبت نسب الولد من الميت في حق من صدقها وهل يثبت النسب في حق غيرهم إن كان يتم نصاب الشهادة بهم يثبت واختلفوا في اشتراط لفظ الشهادة . ا . هـ .

١٨٦٤ - اعلم أن المرأة إن ادعت الولادة وصدقها الزوج في أنها ولدت هذا الولد الذي تدعي ولادته ، ثبت نسبه منه إن لم ينفه . فإن نفاه بأن قال : هذا الولد ليس مني . اتبعت الأحكام المتقدمة .

١٨٦٥ - فإن لم يصدقها الزوج فيما ادعت فهناك **حالتان** :

١٨٦٦ - **الحالة الأولى** : أن يكون الفراش قائما بأن لم يحصل سبب من أسباب الفرقة .

= وظاهره أن العدد لابد منه ليتعدى في حق الكل عند الكل وأطلق في المعتدة فشمل المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن والمعتدة عن وفاة كما صرح به في غاية البيان معزيا إلى فخر الإسلام وقيدها الإمام السرخسي بالطلاق البائن ، والحق التفصيل في المعتدة عن طلاق رجعي إن أتت به لأقل من سنتين فكالمعتدة عن طلاق بائن لانقضاء فراشها بالولادة وإن أتت به لأكثر من سنتين يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شيء اتفاقًا كما في المنكوحة ؛ لأن الفراش ليس بمنتقض في حقها ؛ لأنها تكون رجعة كما قدمناه وصرح في البدائع بأنه لا فرق بين الرجعي والبائن إلا أنه علل بما يخص الأول بقوله ؛ لأنها بعد انقضاء العدة أجنبية في الفصلين جميعًا . وقيد المصنف بقوله : إن جحدت ولادتها ؛ لأنه لو اعترف بولادتها وأنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة إجماعًا ولا يثبت نسب الولد إلا بشهادتها إجماعًا لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وظاهر كلام المصنف أنه لا يحتاج إلى شهادة القابلة مع ظهور الحبل أو اعتراف الزوج بالحبل وقد صرح به في البدائع ، فقال : وإن كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرًا ، فالقول قولها في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة .

وهكذا صرح في الغاية وأنكر على صاحب ملتقى البحار في اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبي حنيفة ورده في التبيين بأنه سهو فإن شهادة القابلة لابد منها لتعيين الولد إجماعًا في جميع هذه الصور وإنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة ، وأما نسب الولد فلا يثبت بالإجماع إلا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الاختلاف لا تظهر إلا في حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبي حنيفة بقولها ولدت ؛ لأنها أمينة لاعترافه بالحبل أو لظهوره فيقبل قولها وعندهما لا يقع حتى تشهد قابلة . ا . هـ . وذكر ابن بندار أنه بعد الثبوت بقيت مؤتمنة فكان القول قولها إلا أن القابلة جعلت شرطًا للعادة ؛ لأنها لا تلد إلا بالقابلة وإني أقول : إن القابلة شرط زوال التهمة كاليمين في رد الوديعة واليمين في دعوى انقضاء العدة ، فإذا لم تشهد قابلة بقيت متهمة فلا يقبل قولها فيه . ا . هـ . كلامه وهو يصلح توفيقًا لكلامهم فمن نفى اشتراط شهادة القابلة أفاد أنها ليست شرطا حقيقة لثبوت النسب ومن أثبته أراد به أنها شرط لزوال التهمة عن نفسها وهو كلام حسن يجب قبوله وأفاد بقوله شهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الأجنبية وأنهم لا يفسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو لضرورة كما في شهود الزنا ولا يخفى أنها إذا ولدت وجحد الزوج ولادتها وادعت أن حبلها كان ظاهرًا وأنكر ظهوره فلابد من إقامة البينة عليه ، إما رجلين أو رجل وامرأتين فظهور الحبل عند الإنكار إنما يكون بإقامة البينة ؛ لأن الحبل وقت المنازعة لم يكن موجودًا حتى يكفي ظهوره ؛ لأنها بعد الولادة ولم أر من صرح به » .

١٨٦٧ - **الحالة الثانية** : أن يكون قد حصل سبب وعلى كل فإما أن ينكر نفس الولادة أو يعترف بها ولكنه يقول : إن الولد الذي ولدته هو غير الذي تدعى ولادته .

١٨٦٨ - فإذا كان الفراش بين الزوجين موجودا بأن كان عقد الزواج باقيًا وادعت الزوجة أنها ولدت وجحد الزوج نفس الولادة بأن قال : لم يحصل منك ولادة . فلها أن تثبت دعواها بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة لأن النسب ثابت بوجود الفراش والولادة يصح أن تثبت بامرأة مستوفية لشروط الشهادة ؛ لأن شهادة النساء تصح فيما لا يطلع عليه الرجال ؛ فقد أجاز رسول اللَّه ﷺ شهادة القابلة منعًا للضرر ، وقال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ ﴾ (١) .

١٨٦٩ - ولو شهد بذلك رجل عدل وقال : لم أتعمد النظر . قبلت شهادته.

١٨٧٠ - ولو أنكر الزوج التعيين بأن قال : ولدت ولكن المولود غير هذا. ثبت نسبه بشهادة القابلة أو غيرها أيضًا ، بشرط الاتصاف بأهلية الشهادة .

(مادة ٣٤٨)

إِذَا ادَّعَتْ مُعْتَدَّةُ الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ أَوِ الْبَائِنِ ، أَوْ مُعْتَدَّةُ الْوَفَاةِ الْوِلادَةَ لأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ ، وَجَحَدَهَا الزَّوْجُ أَوِ الْوَرَثَةُ ؛ فَلا تَثْبُتُ إِلا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ ، مَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ أَوِ الْوَرَثَةُ قَدْ أَقَرُّوا بِالْحَبَلِ ، أَوْ كَانَ الْحَبَلُ ظَاهِرًا غَيْرَ خَافٍ .

فَإِنْ جَحَدُوا تَعْيِينَ الْوَلَدِ ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ كَمَا مَرَّ (٢) .

* * *

١٨٧١ - وأما إذا كان الفراش بين الزوجين غير موجود بأن حصلت الفرقة بينهما ؛ فإما أن تكون الفرقة بالطلاق أو بالوفاة . فإن كانت بالطلاق ؛ فإما أن يكون رجعيًا أو بائنًا .

فإن كان رجعيًا ولم تقر بانقضاء عدتها ، ثم ادعت أنها ولدت بعد أكثر من سنتين من وقت الطلاق إلى وقت الولادة وأنكر الزوج الولادة ؛ فلها أن تثبت ولادتها بشهادة المرأة المتصفة بما ذكر في المادة السابقة ؛ لأن الفراش موجود لحدوث الحمل في العدة فيكون مراجعًا لها ، فيثبت النسب لقيام الفراش ، وتثبت الولادة بشهادة المرأة . وإن ادعت أنها ولدت بعد الطلاق لأقل من سنتين ولم يوافقها الزوج ؛ فلا يثبت النسب إلا

(١) الحج : ٧٨ .

(٢) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

إذا اعترف بالحمل ، أو كان ظاهرًا بحيث إن كل من رآها يغلب على ظنه أنها حامل .

فحينئذ يكفي في ثبوت نسب الولد شهادة المرأة المتصفة بما ذكر وإلا فلابد من بينة كاملة على أنها ولدت .

١٨٧٢ - وإنما لزمت شهادة كاملة فيما إذا ولدته لأقل من سنتين ؛ ولم تلزم فيما إذا ولدته لأكثر ، لأن الفراش قد انقضى بالولادة في حالة الأقل ، ولم ينقض في حالة ما إذا ولدته لأكثر ، وهذا قول الإمام الأعظم .

وقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النسب بشهادة المرأة لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « **شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه** » (١) .

وقد روي عن الزهري أنه قال : قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن ؛ من ولادة النساء ، وعيوبهن .

١٨٧٣ - وإن كان الطلاق بائنًا ، أو كانت الفرقة بالوفاة وادعت الولادة لأقل من سنتين أو لتمامهما على الراجح ؛ فقال أبو حنيفة : لابد لثبوت النسب من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إن لم يصدق الزوج أو الورثة ، أو لم يكن الحبل ظاهرًا ، أو يقر الزوج به ؛ لأن الفراش غير موجود فإن كان الحبل ظاهرًا ، أو أقر الزوج ، أو الورثة بالحبل ، تكفي شهادة المرأة التي هي أهل للشهادة .

١٨٧٤ - وقال أبو يوسف : تكفي القابلة لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء كما تقدم (٢) .

---

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٤) : ١ - الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة .

٢ - إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقة أو بالبينة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الإقرار بالبنوة لمجهول النسب: المادة (١٤٩) : الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت المجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغًا وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٨) أ - يثبت النسب بالإقرار ولو في مرض الموت بالشروط التالية :

(مادة ٣٤٩)

إِذَا أَقَرَّ رَجُلٌ بِبُنُوَّةِ غُلَامٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَكَانَ فِي السِّنِّ بِحَيْثُ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ ، وَصَدَّقَهُ الْغُلَامُ إِنْ كَانَ مُمَيِّزًا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِبُنُوَّتِهِ فِي مَرَضِهِ . وَتَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَتَرْبِيَتُهُ ، وَيُشَارِكُ غَيْرَهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمُقِرِّ ، وَلَوْ جَحَدُوا نَسَبَهُ . وَيَرِثُ أَيْضًا مِنْ أَبِي الْمُقِرِّ وَإِنْ جَحَدَهُ .

وَإِنْ كَانَ لِلْغُلَامِ أُمٌّ ، وَادَّعَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُقِرِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ وَأَنَّ الْغُلَامَ ابْنُهَا مِنْهُ ، وَكَانَتْ مَعْرُوفَةً بِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَبِالإِسْلَامِ وَحُرِّيَّةِ الأَصْلِ أَوْ بِالْحُرِّيَّةِ الْعَارِضَةِ لَهَا قَبْلَ وِلَادَتِهِ بِسَنَتَيْنِ ، فَإِنَّهَا تَرِثُ أَيْضًا مِنَ الْمُقِرِّ . فَإِنْ نَازَعَهَا الْوَرَثَةُ ، وَقَالُوا : إِنَّهَا لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً لأَبِيهِمْ ، أَوْ إِنَّهَا كَانَتْ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ وَقْتَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ إِسْلَامُهَا وَقْتَئِذٍ ، وَأَنَّهَا كَانَتْ زَوْجَةً لَهُ وَهِيَ أَمَةٌ فَلا تَرِثُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا جُهِلَتْ حُرِّيَّتُهَا أَوْ أُمُومَتُهَا لِلْغُلَامِ أَوْ إِسْلَامُهَا ، وَلَوْ لَمْ يُنَازِعْهَا أَحَدٌ مِنَ الْوَرَثَةِ [1] .

* * *

= ١ - أن يكون المقر له مجهول النسب .

٢ - أن يكون المقر بالغًا عاقلًا .

٣ - أن لا يكذب المقر عقل أو عادة .

٤ - أن يصدق المقر له متى كان بالغًا عاقلًا المقر .

ب - الاستلحاق : إقرار بالبنوة صادر عن رجل بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

(١) **قول الحنابلة** : جاء في الإنصاف (١٢/١٤٩ ، ١٥٠) : « (وإذا أقر الرجل بنسب صغير ، أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه : ثبت نسبه منه ، وإن كان ميتًا ورثه) . يعني : الميت الصغير والمجنون . وهذا المذهب . جزم به في المحرر ، والحاوي ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع . وصححه الناظم . وقيل : لا يرثه إن كان ميتًا للتهمة . بل يثبت نسبه من غير إرث . وهو احتمال في المغني ، والشرح . **قلت** : وهو الصواب . **فائدة** : لو كبر الصغير ، وعقل المجنون ، وأنكر : لم يسمع إنكاره . على الصحيح من المذهب . وقيل : يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه . قوله (وإن كان كبيرًا عاقلًا ؛ لم يثبت نسبه حتى يصدقه . وإن كان ميتًا ؛ فعلى وجهين) . وأطلقهما ابن منجا في شرحه ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوي أحدهما : يثبت نسبه . وهو المذهب صححه في التصحيح . وهو ظاهر ما صححه الناظم . وجزم به في الوجيز . وقدمه في الفروع . والوجه الثاني : لا يثبت نسبه . **فائدتان** . **إحداهما** : لو أقر بأب : فهو كإقراره بولد . وقال في الوسيلة : إن قال عن بالغ « هو ابني أو أبي » فسكت المدعى عليه ؛ ثبت نسبه في ظاهر قوله . **الثانية** : لا يعتبر في تصديق أحدهما بالآخر تكرار التصديق . على الصحيح من المذهب . ونص عليه . وعليه أكثر الأصحاب ؛ فيشهد الشاهد بنسبهما بمجرد التصديق . وقيل : يعتبر التكرار فلا يشهد إلا بعد تكراره » .

١٨٧٥ - وجميع ما تقدم إنما هو بالنسبة إلى المنازعات التي تحصل بين المرأة وزوجها أو ورثته في كون الولد منها أو لا ، وفي أنها ولدت هذا الولد أم لا . أما إذا قال رجل لولد مجهول النسب : هذا ولدي . وكان يولد مثله له ، بأن يظن أن مثل هذا الرجل يصح أن يكون أبًا لمثل هذا الولد ، وكان الظاهر لم يكذبه ، ولم يكن مشهورًا بالعته ؛ فيثبت نسب الولد منه سواء كان هذا الولد مميزًا أو غير مميز ، وسواء صدقه في حالة ما إذا كان مميزًا أو لم يصدقه .

١٨٧٦ - وقال الشافعي : لا يثبت النسب إلا بتصديق الولد إذا كان مميزًا . ويشارك الولد بقية الورثة .

١٨٧٧ - ولو كان الاعتراف بالنسب في حالة مرض المعترف ولو أنكر الورثة نسبه لا يلتفت إليهم ، بل إنه يرث من أبي المقر سواء اعترف بنسبه أو لم يعترف ، وذلك لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وهو أدرى من غيره بالنسبة لما نسب إليه ، فيرجح قوله على قول غيره .

١٨٧٨ - فإذا ادعت امرأة أن الولد ابنها ، وأنه من المقر ، وأنها زوجة له وكانت مشهورة بأنها أمه وبالإسلام وحرية الأصل أو الحرية العارضة لها قبل ولادتة بسنتين ؛ ورثت أيضًا من المقر إذا وافق الورثة على ذلك .

فإن نازعها الورثة وقالوا : إنها لم تكن زوجة للمقر ، أو اعترفوا بالزوجية ولكن أنكروا كونها مسلمة وقت موت المقر ، أو كانت زوجة له وهي رقيقة ولم يكن ذلك معلومًا ؛ فلا ترث منه .

فإن أثبتت أمام القاضي زوجيتها له وإسلامها وقت موته وحريتها الأصلية أو العارضة قبل ولادة الولد بسنتين ؛ صحت دعواها وورثت .

١٨٧٩ - وإن لم ينازعها الورثة ولكن كانت زوجيتها مجهولة أو حريتها أو إسلامها كذلك ، فلا ترث أيضًا إلا إذا أثبتت دعواها بالبينة ولو كانت حريتها عارضة لأقل من سنتين قبل ولادتها ، فلا ترث لاحتمال كونها أمة له واستولدها ، أو أمة لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به ؛ فهى ليست من أهل الإرث [1] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٩٩) إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا إذا صدقها أو أقامت البينة على ذلك .

(مادة ٣٥٠)

إذَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مُتَزَوِّجَةً وَلا مُعْتَدَّةً لِزَوْجٍ ، وَأَقَرَّتْ بالأُمُومَةِ لِصَبِيٍّ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهَا ، وَصَدَّقَهَا إنْ مُمَيِّزًا أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهَا ، صَحَّ إقْرَارُهَا عَلَيْهَا ، وَيَرِثُ مِنْهَا الصَّبِيُّ وَتَرِثُ مِنْهُ .

فَإنْ كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لِزَوْجٍ ، فَلا يُقْبَلُ إقْرَارُهَا بِالْوَلَدِ ، إلا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ ، أَوْ تُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَى وِلادَتِهَا لَوْ مُعْتَدَّتَهُ ، أَوْ تَشْهَدُ امْرَأَةٌ مُسْلِمَةٌ حُرَّةٌ عَدْلَةٌ لَوْ مَنْكُوحَتَهُ وَتَدَّعِي أَنَّهُ مِنْ غَيْرِهِ [1] .

* * *

١٨٨٠ – وهذا إذا كان الرجل هو المقر . أما إذا أقرت امرأة بأنها أم لولد يولد مثله لمثلها وكان مجهول النسب : فإما أن تكون غير متزوجة ولا في عدة الأزواج ، وإما أن تكون متزوجة أو معتدة لزوج .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٦/٤) : « إقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين والولد والزوجة والمولى ؛ لأنه أقر بما يلزمه ولا يصح إقراره بمن سواهم ، ويصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء ، لأن فيه تحميل النسب على الغير إلا إذا صدقها الزوج في إقرارها بالولد ، أو يشهد بولادة الولد ، هكذا في غاية البيان . هذا كله إذا لم يدع المدعي بدعوى هذه الأشياء مالًا ، أما إذا ادعى مالًا بدعوى هذه الأشياء كالمرأة تدعي على رجل أنه تزوجها على كذا وطلقها قبل الدخول بها وادعت نصف المهر ، أو لم تدع الطلاق وادعت النفقة ؛ فيحلفه القاضي بلا خلاف ، كذا في الفتاوى الصغرى . إذا قال المدعي : أنا أخو المدعى عليه لأبيه وإن أباهما مات وترك مالًا في يد هذا المدعى عليه ، أو ادعى حجرًا بأن قال : هذا الصغير الذي التقطه أخي ولي ولاية الحجر عليه وأنكر ذو اليد ، أو قال المدعي وهو زمن : أنا أخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا المدعي أخاه ، أو أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له : أنا أخوك ؛ يستحلف المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالإجماع ، ولكن إن نكل ثبت ما ادعى من المال أو الحق لا النسب هكذا في الكافي » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢٠/٥) : « وإن أقرت المرأة بولد ، ولم تكن ذات زوج ولا نسب ، قبل إقرارها . وإن كانت ذات زوج ، فهل يقبل إقرارها ، على روايتين ؛ إحداهما : لا يقبل ؛ لأن فيه حملًا لنسب الولد على زوجها ، ولم يقر به ، أو إلحاقًا للعار به بولادة امرأته من غيره . والثانية : يقبل ؛ لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه ، فقبل كالرجل . وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في امرأة ادعت ولدًا : فإن كان لها إخوة أو نسب معروف ، فلابد من أن يثبت أنه ابنها ، فإن لم يكن لها دافع ؛ فمن يحول بينها وبينه ، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل ، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها ، فمتى ادعت ولدًا لا يعرفونه ، فالظاهر كذبُها ، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقًا ؛ لأن النسب يحتاط له ، فأشبهت الرجل » .

فإن كانت خالية عن الزوج وليست في عدة زوج وأقرت بالأمومة للولد المتصف بما ذكر ؛ فحكمها حكم الرجل الذي أقر بمجهول النسب الذي يولد مثله لمثله من أنها تصدق بمجرد إقرارها ، ويثبت نسبه منها بلا توقف على تصديقه إن كان مميزًا خلافًا للشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة فإنهم صرحوا بأنه لابد من تصديقه إن كان مميزًا .

١٨٨١ - وفرق بعض المحققين من الحنفية بين الرجل والمرأة ؛ بأن الولد محتاج إلى نسب أبيه حتى لا يكون زنيمًا ، فدرءًا للعار عنه ومحافظة على شرفه يكتفى بمجرد إقرار الرجل بدون مبالاة بما يترتب على الولد من الحقوق التي تثبت عليه للمقر بمجرد الإقرار، لأن مراعاة ثبوت النسب أولى للولد من مراعاة الحقوق التي تثبت عليه ، ولأنه إذا اجتمع ضرران ، ارتكب الأخف ، وهذا غير موجود في إثبات النسب له من جهة الأم ؛ لأن العار لا يلحقه بجهل نسبه لأمه ، فليس محتاجًا إلى نسبه من أمه احتياجه إلى نسبه من أبيه .

١٨٨٢ - **وبناء على ذلك** : لا يكتفى بإقرار المرأة ، بل لابد أن تثبت نسبه منها بحجة تامة ، أي رجلين أو رجل وامرأتين وذلك مراعاة لمصلحة الولد ؛ لأنه يترتب على نسبته لها حقوق الأم على ولدها .

وبهذا اندفع ما يظهر من التنافي بين هذا الحكم والحكم المأخوذ من مادة (٣٦٣) فإن كلًّا منهما جارٍ على رأي .

١٨٨٣ - **وإن كانت المرأة متزوجة** : فإما أن تقر بأن الولد ابنها منه أو من غيره .

فإن كان الأول وصدقها ؛ ثبت نسبه منهما ، وإن لم يصدقها ؛ فلها إثبات أمومتها بالقابلة المعروفة بالصدق والأمانة أو بامرأة متصفة بما ذكر ، أو بشهادة رجل عدل لقيام الفراش . ومتى ثبتت أمومتها بما ذكر ثبتت أبوة زوجها له .

وإن كان الثاني : فالحكم لا يختلف ، غير أنه لا يحتاج إلى تصديق الزوج .

١٨٨٤ - **وإن كانت معتدة** : فإما أن تكون معتدة لطلاق رجعي أو بائن .

فإن كانت معتدة لطلاق رجعي : فحكمها حكم المتزوجة ، لأن الفراش موجود حكمًا ؛ فيثبت قولها بشهادة القابلة الحرة المسلمة العدلة كما تقدم .

وإن كانت مطلقة طلاقًا بائنًا : ففي ذلك خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ، قال أبو حنيفة : لا يثبت قولها إلا بحجة تامة، أي : بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن الفراش غير موجود حيث إنها مبانة .

١٨٨٥ - وقال أبو يوسف ومحمد : يكتفى بشهادة امرأة تكون أهلًا لأداء الشهادة [1] . وقد تقدم نظير ذلك في مادة (٣٤٩) .

(مادة ٣٥١)

إِذَا أَقَرَّ وَلَدٌ مَجْهُولُ النَّسَبِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى بِالأُبُوَّةِ لِرَجُلٍ، أَوْ بِالأُمُومَةِ لامْرَأَةٍ ، وَكَانَ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِ الْمُقَرِّ لَهُ ، وَصَدَّقَهُ، فَقَدْ ثَبَتَتْ أُبُوَّتُهُمَا لَهُ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَا لِلأَبَوَيْنِ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلَهُ عَلَيْهِمَا مَا لِلأَبْنَاءِ مِنَ النَّفَقَةِ وَالْحَضَانَةِ وَالتَّرْبِيَةِ .

* * *

١٨٨٦ - وكل هذا فيما إذا كان الإقرار بالبنوة . أما إذا حصل إقرار بالأبوة أو بالأمومة ، بأن أقر ولد مميز مجهول النسب ذكرا كان أو أنثى لرجل بأنه أبوه ، أو أقر لامرأة بأنها أمه ، وكان لا يكذبه الظاهر بأن كان يولد مثله لمثل الرجل المقر له أو المرأة المقر لها ؛ فإما أن يصدقه الرجل المقر له أو المرأة المقر لها ، أو لا .

فإن صدقه المقر له : صح إقراره وثبت نسبه . **وإن لم يصدقه** : فله إثبات ما أقر به بالبينة أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . **وإن عجز المقر عن الإثبات بالبينة** : يحلف المقر له ، فإن حلف ؛ بطل قول المقر ، وإن امتنع عن الحلف ؛ ثبتت الدعوى وثبت نسبه من المقر له .

١٨٨٧ - ومتى ثبت نسبه من الرجل أو المرأة ؛ وجبت بينهما الحقوق الواجبة بين الآباء والأبناء ، فتثبت بينهما أحكام النفقة والحضانة والولاية في النفس وفي المال ونحو ذلك .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٥) : إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الإقرار بالبنوة لمجهول النسب: المادة (١٤٩) : الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت المجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغًا وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٠٠) يثبت النسب بالأبوة أو الأمومة بإقرار مجهول النسب إذا صدقه المقر عليه أو قامت البينة على ذلك متى كان فارق السن يحتمل ذلك .

(مادة ٣٥٢)

مَنْ مَاتَ أَبُوهُ ، فَأَقَرَّ بِأَخٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ؛ لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ إِلَّا فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، فَلَا يَسْرِي عَلَى بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الَّذِينَ لَمْ يُصَدِّقُوهُ ، وَيُشَارِكُهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي نَصِيبِهِ وَيَأْخُذُ نِصْفَهُ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٢٥٨/١ ، ٢٥٩) : « (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه ويشاركه في الميراث) لأن إقراره تضمن شيئين ؛ حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه . والاشتراك في المال وله فيه ولاية ؛ فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق .

وقال النخعي : يثبت نسبه ويشاركه في الميراث . ومن فوائد قوله : « ويشاركه » إذا أقر الابن المعروف بأخ له أخذ نصف ما في يده ، وإن أقر بأخت أخذت ثلث ما في يده ، وإن أقر بجدة وهو ابن الميت أخذت سدس ما في يده ، وإن أقر بزوجة لأبيه أخذت ثمن ما في يده ، فهذا معنى قوله : « ويشاركه في الميراث » قال الخجندي : رجل مات وترك ابنين ، فالمال بينهما نصفان ، فإن قال أحدهما لامرأة : هذه امرأة أبي ، إن صدقه الآخر جاز ويكون لها الثمن ، والباقي بينهما وهو منكسر عليهما ، فاضرب اثنين في ثمانية يكون ستة عشر للمرأة سهمان ولهما أربعة عشر ، وإن كذبه الابن الآخر ؛ احتجت إلى قسمتين قسمة ظاهرة ، وهو أن يقسم المال بينهما نصفين فما حصل للمقر جعل على تسعة للمرأة اثنان وللابن سبعة ؛ لأن في زعم المقر أن المال بينهما وبين المرأة على ستة عشر إلا أن المنكر ظالم حيث أخذ النصف تامًّا ؛ فيكون الباقي بين المقر ، والمرأة على مقادير سهامهما ؛ يعني أن للمرأة سهمين وله سبعة ، فلما صار هذا النصف على تسعة صار الكل ثمانية عشر ؛ تسعة للمنكر ، وسهمان للمرأة وسبعة للمقر ؛ لأن إقراره على نفسه فيكون في نصيبه » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣١٠/٣ ، ٣١١) : « (و) الأصح (أنه لو أقر ابن حائز) مشهور النسب لا ولاء عليه (بأخوة مجهول ، فأنكر المجهول نسب المقر) بأن قال : أنا ابن الميت ، ولست أنت ابنه (لم يؤثر فيه) إنكاره لشهرته ؛ ولأنه لو أثر فيه لبطل نسب المجهول ، فإنه الثابت بقول المقر ، فإنه لم يثبت بقول المقر إلا لكونه حائزًا ، وإذا لم يؤثر فيه ثبت نسب المجهول كما قال (ويثبت أيضًا نسب المجهول) ؛ لأن الوارث الحائز قد استلحقه .

والثاني : يؤثر الإنكار ، فيحتاج المقر إلى البينة على نسبه . الثالث : لا يثبت نسب المجهول لزعمه أن المقر ليس بوارث ، وعلى الأول لو أقر الحائز والمجهول بنسب ثالث ، فأنكر الثالث نسب الثاني ، سقط نسبه ؛ لأنه ثبت نسب الثالث ، فاعتبر موافقته في ثبوت نسب الثاني ، وهذا من باب قولهم : أدخلني أخرجك ، ولو أقر بأخوين مجهولين معًا فكذب كل منهما الآخر أو صدقه ؛ ثبت نسبهما لوجود الإقرار من الحائز ، وإن صدق أحدهما الآخر فكذبه الآخر ؛ سقط نسب المكذب ، بفتح الذال دون نسب المصدق إن لم يكونا توأمين ، وإلا فلا أثر لتكذيب الآخر ؛ ولأن المقر بأحد التوأمين مقر بالآخر ، ولو كان المنكر اثنين والمقر واحدًا ؛ فللمقر تحليفهما ، فإن نكل أحدهما ؛ لم ترد اليمين على المقر ؛ لأنه لا يثبت بها نسبًا يستحق بها إرثًا . ولو أقر الورثة بزوجية امرأة للمورث ؛ ثبت لها الميراث كما لو أقروا بنسب شخص ، وكذا لو أقروا بزوج للمرأة ، وإن أقر =

= البعض وأنكر البعض ؛ لم يثبت لها ميراث في الظاهر كنظيره من النسب .
أما في الباطن فكما تقدم في النسب ، وخرج بمن لا ولاء عليه من عليه ولاء ، فإنه إذا أقرَّ بأخ أو أب ، فإنه لا يقبل لما فيه من الإضرار بالسيد ، بخلاف ما لو أقر بنسب ابن فإنه يقبل ؛ لأن به حاجة إلى استلحاق الابن ؛ لأنه لا يتصور ثبوت نسبه من جهة غيره إلا ببينة ، بخلاف الأب والأخ فإنه يتصور ثبوته من جهة أبيهما ، ولأنه قادر على إنشاء الاستيلاد فصح إقراره به (و) الأصح (أنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق) بفتح الحاء (كأخ أقر بابن للميت ثبت النسب) للابن ؛ لأن الوارث الحائز في الظاهر قد استلحقه (ولا إرث) له للدور الحكمي ، وهو أن يلزم من إثبات الشيء نفيه ، وهنا يلزم من إرث الابن عدم إرثه ؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ ، فيخرج عن كونه وارثًا فلم يصح إقراره ، ولو أقر به الأخ والزوجة لم يرث معهما لذلك ، وكما لو اشترى شخص أباه في مرض موته ، فإنه يعتق عليه ولا يرث ، ولو خلف بنتًا أعتقته ، فأقرت بأخ لها فهل يرث أو لا ، وجهان : أوجههما نعم ؛ لأنه لا يحجبها بل يمنعها عصوبة الولاء ، ولو مات عن بنت وأخت فأقرتا بابن له ؛ سلم للأخت نصيبها ؛ لأنه لو ورث لحجبها ، ولو ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت فأنكر الأخ عن اليمين ، فحلف المدعي اليمين المردودة ؛ ثبت نسبه ولم يرث لما مر في إقرار الأخ » .
قول المالكية : جاء في منح الجليل (٤٨٥/٦) : « وقال سحنون وأصبغ : إن أقر بأخ أو ابن عم ونحوه وليس له وارث معروف ولا موالي غير هذا المقر به ؛ فإنه يجوز إقراره به ، ويستوجب بذلك ميراثه ولا يثبت به نسبه ، أبو عمرو قاله الإمام مالك (رضي الله تعالى عنه) وجمهور أصحابه . ابن رشد وابن القاسم في المدونة وغيرها . أبو بكر استحسب في زمننا هذا إذا لم يكن له وارث معروف أن المقر له أولى من بيت المال ؛ إذ ليس ثم بيت مال يصرف في مواضعه » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٧/٦ ، ٢٣٨) : « إذا خلف ابنًا واحدًا ، فأقر بأخ من أبيه ، دفع إليه نصف ما في يده . في قول الجميع . فإن أقر بعد بآخر ، فاتفقا عليه ، دفعا إليه ثلث ما في أيديهما . في قول الجميع . فإن أنكر المقر به ثانيًا المقر به الأول ، لم يثبت نسبه . قال القاضي : هذا مثل للعامة ، تقول : أدخلني أخرجك . وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما ؛ لأنه لم يقر له بأكثر منه . وقال الشافعي ﷺ : يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة ؛ لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول ، ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول ؛ لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار . فإن لم يصدق الأول بالثاني ؛ لم يثبت نسبه ، ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده ؛ لأنه الفضل الذي في يده . ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال ؛ لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول ، وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث . وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم ، أو بغير حكمه ؛ لأن إقراره علة حكم الحاكم . وسواء علم بالحال عند إقراره الأول ، أو لم يعلم ؛ لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف . وحكى نحو هذا عن شريك ، ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول ، وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل ، ضمن ؛ لتفويته حق غيره بتفريطه ، وإن لم يعلم ، لم يضمن ؛ لأنه يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه ، ولا يحوجه إلى حاكم ، ومن فعل الواجب فقد أحسن ، وليس بخائن ، فلا يضمن . وقيل : هذا قياس قول الشافعي .
وقال أبو حنيفة : إن كان الدفع بحكم حاكم ، دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده ؛ لأن حكم الحاكم =

١٨٨٨ – فقد علمت مما ذكر حكم الإقرار بالبنوة والأبوة ، فلو كان بالأخوة ؛ صح الإقرار أيضًا ، ولكن يكون قاصرًا على المقر . فإذا توفي رجل فأقر أحد أولاده وكان عاقلًا بالغًا لشخص مجهول النسب بأنه أخوه ؛ صح إقراره في حق نفسه لا غير ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر ، فلا يسري إقراره على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على إقراره ، ويشارك المقر له المقر في نصيبه .

١٨٨٩ – وقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يأخذه منه ، فقال بعضهم : يأخذ نصف نصيب المقر إذا كان المقر له مذكرًا ، وثلثه إذا كان مؤنثًا ، وذلك لأنه لما لم يصح إقراره في حق باقي الورثة يعتبر ما في أيديهم بمنزلة الهالك ، وكأن الميت لم يترك سوى ما في يد المقر .

١٨٩٠ – وبما أنه مذعن بأن المقر له يساويه في الاستحقاق إن كان مذكرًا ، فيستحق نصف نصيبه ، وإن كان مؤنثًا فهو يعترف بأنها تستحق نصف ما يستحق لما هو معلوم من أن المذكر له في الميراث ضعف نصيب الأنثى .

١٨٩١ – وقال بعض المحققين : إن المقر له لا يأخذ من المقر إلا المقدار الذي دخل في حصته من نصيب المقر له ، وما دخل من نصيبه في حصص باقي الورثة يعتبر هالكًا ، لأن المقر يعترف بأن المقر له يستحق في مجموع التركة ، وقد بطل إقراره بالنسبة لما دخل في حصص باقي الورثة وصح بالنسبة لما دخل في حصته ، فيستحق المقر له الجزء الذي دخل في نصيب المقر لا غير .

فإذا مات خالد وترك عليًا وإسماعيل وكانت التركة تساوي اثني عشر ألف قرش ، فأقر علي بأن محمدًا أخوه ولم يوافقه على ذلك إسماعيل ، فعلى الرأي الأول يستحق محمد نصف نصيب علي وهو ثلاثة آلاف قرش ، وعلى الرأي الثاني يستحق ألفين لا غير ؛ وذلك لأن أصل التركة اثنا عشر ألف قرش .

فلو كانت الورثة ثلاثة ؛ يستحق كل واحد أربعة آلاف قرش فيكون الذي دخل في

= كالأخذ منه كرهًا ، وإن دفعه بغير حاكم ؛ دفع إلى الثاني ثلث جميع المال ؛ لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعًا . ولنا على الأول : أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به ، فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق ، فسرى إلى نفسه . وإن أقر بعدهما بثالث ، فصدقاه ؛ ثبت نسبه ، وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم ، إذا كان مع كل واحد ثلث المال ، وإن كذباه ؛ لم يثبت نسبه ، وأخذ ربع ما في يد المقر به ، وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها . وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى ، وأهل المدينة ، وبعض أهل البصرة » .

حصة غير المقر ألفين ، وقد لغى الإقرار بالنسبة لهما فيعتبر ذلك المقدار هالكًا ، والذي دخل في نصيب المقر من استحقاق المقر له ألفان ، وقد صح إقراره بالنسبة لهما .

(مادة ٣٥٣)

الدَّعِيُّ لَيسَ ابْنًا حَقِيقِيًّا ، فَمَنْ تَبَنَّى وَلَدًا مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، فَلا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، وَلَا أُجْرَةُ حَضَانَتِهِ ، وَلا تَحْرُمُ عَلَيْهِ مُطَلَّقَتُهُ ، وَيَتَصَاهَرَانِ ، وَلا يَتَوَارَثَانِ .

* * *

١٨٩٢ – فقد علمت مما ذكر أنه يشترط في ثبوت نسب الولد المقر أو المقر له كونه مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب ، فلا يثبت نسبه بل يقال له : دعي . فالدعي : هو شخص معروف النسب قد تبناه غير أبيه .

وهذا أمر كان موجودًا في الجاهلية ، فإن الرجل منهم كان إذا راقه غلام لنشاطه مثلًا ضمه إلى نفسه وجعل له مثل نصيب المذكر من أولاده في ميراثه ، وكان ينسب إليه فيقال : فلان ابن فلان . واستمر ذلك في صدر الإسلام حتى أن النبي ﷺ تبنى سيدنا زيد بن حارثة إلى أن نزل قوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ (١) . فقال عليه الصلاة والسلام لسيدنا زيد : « أنت زيد بن حارثة » .

وبناء على ذلك : يكون المتبنى ليس ابنًا أصلًا ، فلا يعطى الحقوق التي هي واجبة على الآباء للأبناء ، فلا يرث من متبنيه ، ولا يستحق النفقة ؛ ولا أجرة الرضاع والحضانة .

١٨٩٣ – وكذا المتبنى لا يعطى حقوق الآباء على الأبناء فلا يستحق عليه النفقة لو كان فقيرًا والدعي موسرًا ، ولا يرثه ، وليس له عليه ولاية في النفس ولا في المال بهذا التبنى ؛ لأنه أجنبي منه ، فتصح شهادة كلًّا منهما للآخر ، وليس بينهما ما يوجب حرمة المصاهرة . فإذا كانت أنثى ، جاز للمتبنى التزوج بها ما لم يمنع مانع آخر من ذلك وإذا كان أحدهما له امرأة قد طلقها وانقضت عدتها جاز للآخر أن يتزوجها إلا إذا حرمت عليه بسبب آخر من أسباب موانع الزواج المتقدمة في مبحث المحرمات .

---

(١) الأحزاب : ٥ .

(مادة ٣٥٤)

تَثْبُتُ الأُبُوَّةُ وَالْبُنُوَّةُ وَالأُخُوَّةُ وَغَيْرُهَا مِنْ أَنْوَاعِ الْقَرَابَةِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولٍ .

وَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ دَعْوَى الأُبُوَّةِ وَالْبُنُوَّةِ مَقْصُودَةً بِدُونِ دَعْوَى حَقٍّ آخَرَ مَعَهَا ، إِذَا كَانَ الأَبُ أَوِ الابْنُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَيًّا حَاضِرًا أَوْ نَائِبُهُ . فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ فَلا يَصِحُّ إِثْبَاتُ النَّسَبِ مِنْهُ مَقْصُودًا ، بَلْ ضِمْنَ دَعْوَى حَقٍّ يُقِيمُهَا الابْنُ أَوِ الأَبُ عَلَى خَصْمٍ .

وَالْخَصْمُ فِي ذَلِكَ : الْوَارِثُ ، أَوِ الْوَصِيُّ ، أَوِ الْمُوصَى لَهُ ، أَوِ الدَّائِنُ ، أَوِ الْمَدْيُونُ وَكَذَلِكَ دَعْوَى الأُخُوَّةِ وَالْعُمُومَةِ وَغَيْرِهِمَا لا تَثْبُتُ إِلاَّ ضِمْنَ دَعْوَى حَقٍّ .

* * *

١٨٩٤ - فالذي علم : أنه متى حصل إقراره بالبنوة أو الأبوة أو الأخوة وكان مستوفيًا للشروط المتقدمة التي منها تصديق المقر له المقر ؛ يثبت النسب ، وإن كان هناك فرق بين الإقرار بالبنوة والأبوة وغيرهما ، فإن لم يحصل تصديق من المقر له ؛ فللمقر أن يثبت ما ادعى به ، وإن كانت طريقة الإثبات تختلف بين دعوى البنوة والأبوة وغيرهما .

وبيانه : أن الدعوى إما أن تكون بالأبوة أو البنوة أو غيرهما ؛ فإن كان الأول وكان المدعى عليه حيًّا ؛ صحت إقامة الدعوى عليه أو على من قام مقامه . ولو لم تكن ضمن دعوى حق آخر ، فإن كان ميتًا فلابد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر .

وإن كان الثاني وهو دعوى غير البنوة والأبوة كالأخوة والعمومة ؛ فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر سواء كان المدعي عليه حيًّا أو ميتًا ؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الشخص الذي ينتهي إليه النسب .

١٨٩٥ - وعندما يراد إثبات النسب ضمن دعوى حق ، يكون الخصم في ذلك هو أحد الورثة إذا كانت التركة تحت يده ، ويشترط أن يبين المدعي جميع التركة بيانًا كافيًا ، ويبين جميع الورثة ، ومقدار نصيبه الذي يستحقه فيها ، وجهة الإرث التي يستحق بها ، ليكون القاضي على بصيرة من الدعوى ، وكذا يصح أن يكون الخصم الوصي ، أو الموصى له ، أو الدائن ، أو المدين .

فإن كان الأول وهو الوصي : فيمكن إقامة الدعوى عليه بأن يقول : إن مورثي جعله وصيًّا على التركة ، وقد وضع يده عليها ، فاطلب منه أن يسلم لي حقي ، وهو كذا ،

لأني أرث مورثي بجهة كذا ، وعدد الورثة هو كذا . فيقر المدعى عليه بالايصاء وينكر استحقاقه في التركة فيثبت دعواه .

وإن كان الثاني وهو الموصى له : فصورة إقامة الدعوى عليه أن يقول : إن مورثي فلانًا الفلاني قد أوصى لفلان المدعى عليه بالتركة وهو قد وضع يده عليها فاطلب منه أن يسلم لي حقي في التركة وهو ثلثاها ؛ لأني وارث لمورثي بجهة كذا ، ولا وارث له غيري ، ولا أجيز الوصية ، فلا يستحق غير ثلثها ، فينكر المدعى عليه قرابته للمورث ؛ فيثبت دعواه .

وإن كان الثالث وهو الدائن : كأن يكون لشخص حق اختصاص على التركة أو جزء منها ، بأن تكون التركة أو بعضها تحت يده بطريق الرهن مثلًا ، فيريد دفع الدين له وفك العين المرهونة فيأبى وينكر نسبه إلى المدين ، فيخاصمه حتى يثبت في وجهه نسبه ، ويلزمه بأخذ دينه وتسليمه ما هو مرهون عنده .

وإن كان الرابع وهو المدين : بأن يكون على شخص دين للمتوفى فيطلب مدعي النسب أمام القاضي أنه يستحق نصف الدين الذي عليه مثلًا ، أو ربعه بصفته وارث فلان ، ويطلب من القاضي أن يأمره بالتسليم ، فيقر المدعى عليه بالدين وينكر نسبه للمتوفى ؛ فيثبت دعواه في وجهه ؛ لأن كلًّا من هؤلاء يصلح أن يكون خصمًا له . فيكون إثبات النسب تابعًا لإثبات الحق .

١٨٩٦ - وعلى كل حال فلابد أن يذكر المدعي جميع شروط الدعوى التي منها جهة الإرث والشخص الذي ينتهي إليه الخصمان بأن يذكر في دعواه الأب إذا كان المدعى عليه هو الأخ ويذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا (١) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٠٤) تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكرًا أو أنثى .

الفصل الخامس
في أحكام اللقيط

(مادة ٣٥٥)

اللَّقِيطُ وَهُوَ الْمَوْلُودُ الَّذِي يَنْبُذُهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْعَيْلَةِ ، أَوْ فِرَارًا مِنْ تُهْمَةِ الرِّيبَةِ ، يَسْتَحِقُّ الشَّفَقَةَ عَلَيْهِ مِنْ أَبْنَاءِ جِنْسِهِ ، وَيَأْثَمُ مُضَيِّعُهُ ، وَيَغْنَمُ مُحْرِزُهُ إِحْيَاءً لِنَفْسِهِ .

فَمَنْ وَجَدَ طِفْلًا مَنْبُوذًا فِي أَيِّ مَكَانٍ ، فَعَلَيْهِ إِسْعَافُهُ وَالْتِقَاطُهُ . وَهُوَ فَرْضٌ إِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ هَلَاكُهُ لَوْ لَمْ يَلْتَقِطْهُ ، وَإِلا فَمَنْدُوبٌ . وَيَحْرُمُ طَرْحُهُ وَإِلْقَاؤُهُ بَعْدَ الْتِقَاطِهِ (١) .

* * *

١٨٩٧ - اللقيط لغة : اسم لما يرفع من الأرض . وشرعًا : اسم لمولود حيٍّ نبذه أهله خوفًا من الفقر ، أو فرارًا من تهمة الزنى . وهذا هو الغالب الآن .

١٨٩٨ - ثم إن اللقيط : إما أن يوجد في محل يغلب عليه الهلاك ويكون بحيث لو

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٩٧/٦ ، ١٩٨) : « اللقيط في اللغة : فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول ، وهو الملقوط وهو الملقى ، أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما أنه يؤخذ فيرفع . وأما في العرف : فنقول : هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطًا باسم العاقبة ؛ لأنه يلقط عادة أي : يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه : ﴿ إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ ﴾ وقال الله تعالى جل شأنه : ﴿ إِنَّكَ مَيِّتٞ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ﴾ سمى العنب خمرًا ، والحي الذي يحتمل الموت ميتًا باسم العاقبة كذا هذا » .

وجاء في البحر الرائق (١٥٥/٥) : « لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين . وفي المغرب : اللقيط ما يلقط أي يرفع عن الأرض ، وقد غلب على الصبي المنبوذ لأنه على عرض أن يلقط وهو في الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفًا من العيلة أو فرارًا من تهمة الريبة مضيعه آثم ومحرزه غانم . (ندب التقاطه) لما فيه من إحيائه وهو من أفضل الأعمال (ووجب إن خيف الضياع) أي فرض على الكفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه بأن وجده في مفازة ونحوها من المهالك صيانة له ودفعًا للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع في البئر افترض عليه حفظه من الوقوع وإنما افترض على الكفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته ، ويتعين إن لم يعلم به غيره . وفي القاموس : ضاع يضيع ضيعًا ويكسر وضيعة وضياعًا هلك . ا . هـ . فالضاد مفتوحة وليس المراد من الوجوب ما اصطلحنا عليه بل الافتراض فلا خلاف بيننا وبين باقي الأئمة كما قد توهم وينبغي أن يحرم طرحه بعد التقاطه ؛ لأنه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه » .

لم يلتقطه لهلك ، وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض عين ، بمعنى أنه يتعين على من وجده أن يأخذه . وإما أن يكون في محل يغلب عليه الهلاك ولكن لو لم يأخذه من وجده يلتقطه غيره وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض كفاية . وفرض الكفاية : هو الذي إذا قام به البعض سقط عن الباقين مثل : تجهيز الميت والصلاة عليه .

١٨٩٩ - وإن وجد في مكان لا يغلب عليه الهلاك يكون التقاطه سنة ومندوبًا . والسنة : هى ما ثبت عن النبي ﷺ قولًا أو فعلًا .

١٩٠٠ - وعلى كل حال ، فنابذُه آثم يستحق التعزير في الدنيا من أولي الأمر والعقاب في الآخرة من اللَّه جل وعلا ؛ لأنه أهان نفسًا مكرمة قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [١] . وربما قتلها بهذا الإلقاء ، ولأن إلقاءه ينافي الشفقة التي حثَّ عليها النبي ﷺ بقوله : « **من لم يرحم صغيرنا ، ولم يوقر كبيرنا ، فليس منا** » [٢] .

١٩٠١ - ومن وجده والتقطه يتعين عليه حفظه ، لأنه قد التزم ذلك بالالتقاط فيحرم عليه نبذه ثانيًا ، ومن نبذه بعد التقاطه يكون آثمًا إثم من طرحه أولا .

(مادة ٣٥٦)

اللَّقِيطُ حُرٌّ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ، وَمُسْلِمٌ وَلَوْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ ذِمِّيًّا، مَا لَمْ يُوجَدْ فِي مَقَرِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَكَانَ مُلْتَقِطُهُ غَيْرَ مُسْلِمٍ [٣] .

* * *

(١) الإسراء : ٧٠ .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : البر والصلة عن رسول اللَّه / باب : ما جاء في رحمة الصبيان / ١٩١٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأدب / باب : في الرحمة / ٤٩٤٣) .

(٣) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) : « (اللقيط حر) أي في جميع أحكامه حتى إن قاذفه يحد ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والدار دار الإسلام وهي دار الإحراز ، وإن ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يصح إلا بالبينة وتجوز شهادته بعد البلوغ إذا كان عدلًا ، ولا يصح منه العتق والتدبير والكتابة والجناية عليه ومنه كالجناية على الأحرار ويحكم له بالإسلام ؛ لأنه وجد بين المسلمين فكان مثل أولادهم . وروي : أن رجلًا التقط لقيطًا فجاء به إلى علي كرم اللَّه وجهه ، فقال : هو حر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٦٠٤/٣ ، ٦٠٥) : « الحكم بإسلام اللقيط أو كفره بتبعية الدار وغيرها (إذا وجد لقيط بدار الإسلام) بأن سكنها المسلمون (و) إن كان (فيها أهل ذمة) أو معاهدون ؛ كما قاله الماوردي وغيره (أو) وجد لقيطًا (بدار فتحوها) ؛ أي المسلمون (وأقروها) قبل ملكها (بيد كفار صلحًا) أي على جهته ، (أو) أقرها المسلمون بيد كفار (بعد ملكها) عنوة (بجزية) أو كانوا يسكنونها ثم =

= جلاهم الكفار عنها (وفيها مسلم) في الصور الأربع يمكن أن يولد للمسلم ذلك اللقيط ، ولو كان المسلم أسيرًا منتشرًا أو تاجرًا أو مجتازًا أو نفاه (حكم بإسلام اللقيط) في المسائل الأربع تغليبًا للإسلام ، وفي مسند الإمام أحمد والدارقطني « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » . تنبيه : قوله : وفيها أهل ذمة ليس بقيد كما يعلم مما قدرته تبعًا للروضة ، وقضية كلامه أنه يحكم بإسلام اللقيط في دار الإسلام مطلقًا وإن لم يكن فيها مسلم ، وليس مرادًا كما يعلم مما قدرته أيضًا ، فقد قال الدارمي : إنما يحكم بإسلامه إذا كان في القرية مسلم . أما لو كان جميع من فيها كفارًا فهو كافر ، وقضية كلامه أيضًا أن المعطوف على دار الإسلام ليس دار إسلام وليس مرادًا ، فقد صرح في أصل الروضة أن الجميع دار إسلام ، وإذا وجد اللقيط بدار الإسلام ولا مشرك فيها كالحرم ، فهو مسلم ظاهرًا وباطنًا كما قاله الماوردي ، وإلا ففي الظاهر (وإن وجد) اللقيط (بدار كفار) وهي دار الحرب (فكافر) ذلك اللقيط (إن لم يسكنها مسلم) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به . ثم إن كان أهل البقعة مللًا جعل من أقربهم إلى الإسلام . تنبيه : ظاهر كلامه أن المجتاز لا أثر له . لكن قال الفوراني : إذا اجتاز بها مسلم فهو مسلم . ويؤخذ مما مر : أنه إن أمكن كونه منه فهو مسلم ، وإلا فلا (وإن سكنها مسلم كأسير وتاجر) ، يمكن أن يكون ولده (فمسلم في الأصح) تغليبًا للإسلام ، فإن أنكره ذلك المسلم قبل في نفي نسبه دون إسلامه كما مرت الإشارة إليه . والثاني كافر تغليبًا للدار .

تنبيه : قال الإمام : الخلاف في أسير ينتشر إلا أنه ممنوع من الخروج من البلد . أما المحبوس في مطمورة فيتجه أنه لا أثر له كما لا أثر للمجتاز ا هـ . وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم يكن في المحبوسين امرأة ، وحاصله : حيث أمكن كونه منه حكم بإسلامه فلا بد أن يكون المسلم بها وقت العلوق . أما لو طرقها مسلم ثم بعد شهر مثلًا وجد بها منبوذ لا يحكم بإسلامه لاستحالة كونه منه ، ولو وجد اللقيط ببرية فمسلم حكاه شارح التعجيز عن جده ، وهو ظاهر إذا كانت برية دارنا أو برية لا يد لأحد عليها . أما برية دار الحرب لا يطرقها مسلم فلا ، وولد الذمية من الزنا بمسلم . قال ابن حزم الظاهري : مسلم ، والظاهر كما قال شيخي خلافه ؛ لأن هذا مقطوع النسب عنه ، وسيأتي التنبيه على ذلك » .

وجاء فيه أيضًا (٦٠٩/٣ ، ٦١٠) : « (إذا لم يقر اللقيط برق فهو حر) ؛ لأن الغالب في الناس الحرية ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، لكن قال الشافعي : لو قذفه قاذف لم أحده حتى أسأله ، فإن قال : أنا حر حددت قاذفه . وقال البلقيني : لو وجد في دار الحرب ولا مسلم فيه ولا ذمي ، فهو رقيق كسائر صبيانهم ونسائهم ، ويحمل كلامهم على دار الإسلام . قال : ولم أر من تعرض له .. انتهى ، وهو ظاهر المعنى ، وعلى هذا فتستثنى هاتان الصورتان من كلام المصنف مضافتين إلى قوله (إلا أن يقيم أحد بينة برقه) وتتعرض لسبب الملك كما سيأتي فيعمل بها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٣٢/٧) : « وهو حر وولاؤه للمسلمين يعني أن اللقيط حر بحكم الشرع ؛ لأنه الأصل في الناس فيمن لم يتقرر عليه ملك ولو التقطه عبد وولاؤه للمسلمين لا لملتقطه ، والمراد بالولاء الميراث أي فيرثونه ويعقلون عنه ، وأما الولاء العرفي الذي هو لحمة كلحمة النسب فإنه إنما يكون عن عتق .

وحكم بإسلامه في قرى المسلمين كأن لم يكن فيها الإتيان إن التقطه مسلم وفي قرى الشرك مشرك يعني أن الملتقط إذا وجد في بلاد المسلمين فإنه يحكم بإسلامه ؛ لأنه الأصل والغالب وسواء التقطه مسلم أو كافر إذا =

١٩٠٢ - واللقيط حر ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والرق عارض عليها، والأصل إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره ، فلا يحكم برقه إلا ببينة تشهد على ذلك ، فيعامل معاملة الأحرار ؛ من صحة شهادته ، وثبوت الولاية له ، وغير ذلك من أحكام

= وجد في قرية ليس فيها من المسلمين سوى بيتين أو ثلاثة فإنه يحكم بإسلامه أيضا تغليبا للإسلام بشرط أن يكون الذي التقطه مسلمًا فإن التقطه ذمي فإنه يحكم بكفره على المشهور ، والبيت كالبيتين على ظاهر المدونة ، وإذا وجد في قرى الشرك فإنه يكون مشركًا سواء التقطه مسلم أو كافر تغليبًا للدار والحكم للغالب وهو قول ابن القاسم ، ثم لو عبر في الموضعين بقرية بدل قرى لكان مناسبًا ؛ لأن اللقيط إنما ينسب لمحله الموجود فيه ولا يوجد إلا في قرية واحدة وقد عبر في الجواهر بقرية وأيضًا لقوله : كأن لم يكن فيها أي في القرية لا في القرى وبعضهم قد أجاب بجواب لا يخلو عن خلل فانظره مع زيادات وإعراب في الشرح الكبير » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٥/٦) : « (واللقيط حر) وجملة ذلك : أن اللقيط حر ، في قول عامة أهل العلم ، إلا النخعي . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . روينا هذا القول عن عمر وعلي ﷺ . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، ومن تبعهم . وقال النخعي : إن التقطه للحسبة ؛ فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه ، فذلك له . وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح في النظر ؛ فإن الأصل في الآدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحرارًا ، وإنما الرق لعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض ؛ فله حكم الأصل . ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام ، أو في دار الكفر ، **فأما دار الإسلام : فضربان** : **أحدهما** : دار اختطها المسلمون ، كبغداد والبصرة والكوفة ، فلقيط هذه محكوم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للإسلام ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه .

الثاني : دار فتحها المسلمون ، كمدائن الشام ، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها ؛ لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم ، تغليبًا للإسلام . وإن لم يكن فيها مسلم ، بل كل أهلها ذمة حكم بكفره ؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال . **وأما بلد الكفار فضربان أيضًا** : **أحدهما** : بلد كان للمسلمين ، فغلب الكفار عليه ، كالساحل ، فهذا كالقسم الذي قبله ، إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر .

وقال القاضي : يحكم بإسلامه أيضًا ؛ لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه ، بخلاف الذي قبله ، فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام وإن كان في بلد كان للمسلمين ، ثم غلب عليه المشركون ، ثم ظهر عليه المسلمون ، وأقروا فيه أهله بالجزية ، فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام . **الثاني** : دار لم تكن للمسلمين أصلًا . كبلاد الهند والروم ، فإن لم يكن فيها مسلم ؛ فلقيطها كافر ؛ لأن الدار لهم وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم ، احتمل أن يحكم بإسلامه ، تغليبًا للإسلام ، واحتمل أن يحكم بكفره ، تغليبًا للدار والأكثر ، وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم ، على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ، ميتًا في أي مكان وجد ، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب ، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك ، فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر ، هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي » .

الحرية . ولا فرق في ذلك بين كون ملتقطه حرًا أو رقيقًا .

هذا بالنظر إلى حريته . أما بالنظر إلى إسلامه : فلا يخلو حاله من أحد أمور أربعة ، لأن واجده : إما أن يكون مسلمًا والمحل الذي وجد فيه مقر المسلمين ، وحكمه في هذه الحالة أن يكون مسلمًا اتفاقًا .

وإما أن يكون ملتقطه غير مسلم ذميًا كان أو مستأمنًا والمحل الذي وجد فيه مقر غير المسلمين ، وفي هذه الحالة يكون غير مسلم بلا خلاف .

وإما أن يكون واجده مسلمًا والمقر الذي وجد فيه مقر الذميين ، وحكمه : أن يكون مسلمًا تبعًا للواجد على الصحيح ؛ لأن الإسلام في فائدته . وقال بعضهم : هو غير مسلم تبعًا للمكان . ولكنه مرجوح .

وإما أن يكون ملتقطه ذميًا في مكان المسلمين ، وحكمه أن يكون مسلمًا تبعًا للمكان الذي وجد فيه على الراجح . وقال بعضهم: يكون غير مسلم تبعًا للواجد . والمعول عليه هو الأول .

(مادة ٣٥٧)

الْمُلْتَقِطُ أَحَقُّ بِإِمْسَاكِ اللَّقِيطِ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَخْذُهُ مِنْهُ قَهْرًا وَلَوْ كَانَ حَاكِمًا ، إلا بِسَبَبٍ يُوجِبُ ذَلِكَ ، كَأَنْ كَانَ غَيْرَ أَهْلِ لِحِفْظِهِ .

وَإِنْ وَجَدَهُ اثْنَانِ مُسْلِمٌ وَغَيْرُ مُسْلِمٍ ، وَتَنَازَعَاهُ ؛ يُرَجَّحُ الْمُسْلِمُ وَيُقْضَى لَهُ بِهِ ؛ فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الدِّينِ وَفِي التَّرْجِيحِ ؛ فَالرَّأْيُ مُفَوَّضٌ إِلَى الْقَاضِي (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في فتح القدير (١١٧/٦) : « ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما ؛ قضي به للمسلم ؛ لأنه محكوم له بالإسلام ، فكان المسلم أولى بحفظه ؛ ولأنه يعلمه أحكام الإسلام ، بخلاف الكافر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥٩٩/٣) : « (ولو التقط صبي) أو مجنون (أو فاسق أو محجور عليه) بسفه (أو كافر مسلمًا انتزع منه) لعدم أهلية الصبي والمجنون وتهمة الفاسق والمحجور عليه بسفه وعدم ولاية الكافر على المسلم ، والمنتزع منهم هو الحاكم كما قاله شارح التعجيز ، وخرج بمسلم المحكوم بكفره فإنه يقر بيده كما مر ، وكذا بيد المسلم . (ولو ازدحم اثنان) كل منهما أهل لالتقاطه (على أخذه) متعلق بازدحم ، وذلك بأن يقول كل منهما أنا آخذه (جعله الحاكم عند من يراه منهما أو) عند من يراه (من غيرهما) ؛ لأنه لا حق لهما قبل أخذه فيفعل الأحظ له (وإن سبق واحد) منهما (فالتقطه منع الآخر من =

= مزاحمته) لقوله ﷺ « من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به » رواه أبو داود . وخرج بقوله فالتقطه ما لو سبق إلى الوقوف عنده ولم يأخذه فإنه لا حق له (وإن التقطاه معًا) أي في زمن واحد وإن لم يجب ذلك في معنى مع ؛ لأنها تأتي بمعنى جميع (وهما أهل) لالتقاطه (فالأصح أنه يقدم غني على فقير) ؛ لأنه قد يواسيه بماله ولو تفاوتا في الغنى لم يقدم أغناهما . نعم لو كان أحدهما بخيلًا والآخر جوادًا ، فقياس تقديم الغني أن يقدم الجواد ؛ لأن حفظ اللقيط عنده أكثر ، وظاهر أنه يقدم الغني على الفقير وإن كان الغني بخيلًا ، والثاني يستوي الغني والفقير ؛ لأن نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه (و) يقدم (عدل) باطنًا بكونه مزكى عند حاكم (على مستور) أي عدل ظاهرًا بأن لم يعلم فسقه ولم يعلم تزكيته عند حاكم . أما العدل عند الله فلا يعلمه إلا الله ، ويقدم الحر على المكاتب لكماله ، والبلدي على البدوي ، ويستوي المسلم والكافر في التقاط المحكوم بكفره ، وقيل : يقدم المسلم ، وقيل : الكافر ، ولا تقدم المرأة على الرجل وإن قدمت في الحضانة .

تنبيه : لو ازدحم على أخذ لقيط ببلد أو قرية ظاعن إلى بادية أو قرية وآخر مقيم فالمقيم أولى ؛ لأنه أرفق به وأحوط لنسبه لا على ظاعن يظعن به إلى بلد أخرى ؛ بل يستويان بناء على أنه يجوز للمنفرد نقله إلى بلده كما سيأتي ، واختار المصنف تقديم قروي مقيم بالقرية على بلدي ظاعن ، ونقله عن ابن كج ، لكن منقول الأصحاب أنهما مستويان كما نقله هو تبعًا للرافعي ، ويقدم حضري على بدوي إذا وجداه بمهلكة ، ويستويان فيه إذا وجداه بمحلة أو قبيلة أو نحو ذلك . قال الأذرعي : ويقدم البصير على الأعمى ، والسليم على المجذوم والأبرص إن قيل بأهليتهم للالتقاط (فإن استويا) في الصفات المعتبرة وتشاحا (أقرع) بينهما على النص لعدم الأولوية ، ولو كان اللقيط مميزًا واختار أحدهما بخلاف تخيير الصبي المميز بين أبويه لتعويلهم ثم على الميل الناشئ عن الولادة وهو معدوم هنا ولا يهايأ بينهما للإضرار باللقيط ولا يترك في يدهما لتعذر أو تعسر الاجتماع على الحضانة ، وقد كانت القرعة في الكفالة في شرع من قبلنا في قصة مريم ، قال تعالى : ﴿ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ أي اقترعت الأحبار على كفالتها بإلقاء أقلامهم ، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه ، وتقدم الكلام على ذلك هل يكون شرعًا أم لا ؟ وليس للقارع ترك حقه للآخر وإن خالف في ذلك الماوردي ، كما أنه ليس للمنفرد نقله إلى غيره ، ولو ترك حقه قبل القرعة انفرد به الآخر » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (١٢٦/٤) : « (و) لو تسابق جماعة ، أو اثنان على لقيط ، أو لقطة وكل أمين وأهل لكفايته (قدم الأسبق) وهو من وضع يده عليه ابتداء ولو زاحمه عنه الآخر وأخذه (ثم) إن استويا في وضع اليد قدم (الأولى) أي الأصلح لحفظه والقيام به (وإلا) يكن أولى بأن استويا (فالقرعة) » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤١/٦ ، ٤٢) : « وإن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولًا واحدًا ؛ لم يخل من ثلاثة أقسام : **أحدها** : أن يكون ممن يقر في يديه ، كالمسلم العدل الحر ، والآخر ممن لا يقر في يديه ، كالكافر إذا كان اللقيط مسلمًا ، والفاسق ، والعبد إذا لم يأذن له سيده ، والمكاتب ، فإنه يسلم إلى من يقر في يده ، وتكون مشاركة هؤلاء له كعدمها ؛ لأنه لو التقطه وحده لم يقر في يده ، فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى . **الثاني** : أن يكونا جميعًا ممن لا يقر في يدي واحد منهما ، فإنه ينزع منهما ، ويسلم إلى غيرهما . **الثالث** : أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسرًا والآخر معسرًا ، فالموسر أحق ؛ لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط مسلم وكافر طفلًا =

١٩٠٣ - والملتقط أحق بإمساك اللقيط من غيره ، لما له من نعمة الالتقاط، فليس لأحد أخذه منه قهرًا ولو كان حاكمًا ، فقد روي : أن رجلًا التقط لقيطًا فأتى به إلى الإمام علي - كرم اللّه وجهه - فقال : هو حر . ولم يأخذه منه بالولاية العامة . نعم إذا كان واجده غير أهل لحفظه بأن كان بحالة يضيع الولد عنده معها ، وجب نزعه منه وتسليمه إلى من يحفظه . وإذا سلمه لغيره برضاه واستلمه ذلك الغير راضيًا ، فليس للأول أخذه من الثاني ، لأنه أسقط حقه ، والساقط لا يعود .

١٩٠٤ - وإذا أراد الملتقط أن يسلمه للحاكم ؛ فله ألا يقبله منه إلا ببينة تشهد على أنه لقيط ، لجواز أن يكون ابنه وأنه أراد تسليمه للحاكم فرارًا من تربيته.

= محكومًا بكفره ، فالمسلم أحق .

وقال أصحابنا ، وأصحاب الشافعي : هما سواء ؛ لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه إلى المسلم أحظ له ؛ لأنه يصير مسلمًا ، فيسعد في الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلًا ، فلا تحصل التوسعة . فإن تعارض الترجيحان ، فكان المسلم فقيرًا والكافر موسرًا ، فالمسلم أولى ؛ لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ، ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ؛ لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه ، وتعلم من جوده .

الرابع : أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين ، فهما سواء فيه ، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه ، وتسليمه إلى صاحبه جاز ؛ لأن الحق له ، فلا يمنع من الإيثار به . وإن تشاحا ، أقرع بينهما ؛ لقول اللّه تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ . ولأنه لا يمكن كونه عندهما ؛ لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة . وإن تهايآه ، فجعل عند كل واحد يومًا أو أكثر من ذلك ، أضر بالطفل ؛ لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف . ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة ؛ لأن حقهما متساوٍ ، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز ، فتعين الإقراع بينهما ، كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة ، وبين النساء في البداية بالقسمة ، وبين العبيد في الإعتاق . والرجل والمرأة سواء ، ولا ترجح المرأة ها هنا ، كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه ؛ لأنها رجحت ثم لشفقتها على ولدها ، وتوليها لحضانته بنفسها ، والأب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ها هنا ، فإنها أجنبية من اللقيط ، والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا .

ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرناه ، فإن كان أحدهما مستور الحال ، والآخر ظاهر العدالة ؛ احتمل أن يرجح العدل ؛ لأن المانع من الالتقاط منتفٍ في حقه بغير شك ، والأمر مشكوك فيه ؛ فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم . ويحتمل أن يتساويا ؛ لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع ، فلا يؤثر الترجيح » .

١٩٠٥ - هذا إذا كان الملتقط واحدًا . فإن وجده اثنان وتنازعا فيه ، فإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا ، فالمسلم أحق به لأنه أنفع له فإن استويا في الدين بأن كانا مسلمين أو ذميين سلمه الحاكم لأنفعهما له . وإن اتحدا في جميع الأوصاف ، فالرأي للقاضي يسلمه إلى من شاء .

(مادة ٣٥٨)

إِذَا وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيُنْفِقُ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِئْذَانِ الْقَاضِي .

فَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ عَلَى اللَّقِيطِ ؛ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ، وَلا يَكُونُ مَا أَنْفَقَهُ دَيْنًا عَلَى اللَّقِيطِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢/٢٨٥ ، ٢٨٦) : « وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه ، فهو له ، وكذا إذا كان مشدودًا على دابة ، وهو عليها ، وأما إذا كان موضوعًا بقربه لم يحكم له به ، ويكون لقطة ، وإن وجد اللقيط على دابة ، فهي له كذا في الجوهرة النيرة ونفقته في ذلك المال بأمر القاضي للملتقط أن ينفق عليه منه ، وقيل ينفق بغير أمره أيضًا ، وهو مصدق في نفقة مثله كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣/٦٠٢ ، ٦٠٣) : « (ونفقته) أي اللقيط ومؤنة حضانته ليست على الملتقط بل (في ماله) كغيره (العام كوقف على اللقطاء) والوصية لهم . فإن قيل : كيف يصح الوقف عليهم ووجودهم لا يتحقق بخلاف الوقف على الفقراء ؟ أجيب : بأن الجهة لا يشترط فيها الوجود وإلا لم يصرف إلى من حدث . فإن قيل : قد يتوقف في هذا الجواب ، ويقال لابد من وجود من يمكن الصرف إليه . **أجيب** : بأن الموقوف عليه الجهة ويكفي إمكانها .

تنبيه : إضافة المال إلى اللقيط فيه تجوز فإنه في الحقيقة ليس هو ماله بل مال الجهة العامة ، ولكن المراد أنه يصرف إليه منه وإن لم يكن ملكه لعموم كونه لقيطًا أو موصى له ، وقد يكون المال له بخصوصه كالوقف عليه نفسه أو الهبة أو الوصية له ، ويقبل له القاضي من ذلك ما يحتاج إلى القبول (أو) نفقة اللقيط في ماله (الخاص ، وهو ما اختص به كثياب ملفوفة عليه) وملبوسة له كما صرح به في المحرر وأسقطه من الروضة لفهمه مما ذكر بطريق الأولى (ومفروشة تحته) ومغطى بها ودابة مشدودة في وسطه أو عنانها بيده أو راكبًا عليها (وما في جيبه من دراهم وغيرها) كذهب وحلي (ومهده) وهو سريره الذي هو فيه (ودنانير منثورة فوقه و) منثورة (تحته) ؛ لأن له يدًا واختصاصًا كالبالغ والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها.

تنبيه : قضية كلام المصنف وغيره التخيير في الإنفاق عليه من العام والخاص وهو كذلك وإن قال في التوشيح : لم أجد فيه نقلًا ، وقال بعض المتأخرين الأفقه تقديم الخاص فلا ينفق من العام إلا عند فقد الخاص . (وإن وجد في دار) ونحوها كحانوت ولا يعرف لها مستحق ليس فيها غيره (فهي) أي الدار ونحوها (له) لليد ولا مزاحم وإن وجد فيها غيره كلقيطين أو لقيط وغيره فهي لهما كما لو كانا على دابة فلو ركبها أحدهما =

= ومسك الآخر زمامها ؛ فهي للراكب فقط لتمام الاستيلاء ، وما في الروضة عن ابن كج من أنها بينهما .
قال الأذرعي : وجه ، والمذهب الصحيح : أن اليد للراكب ولو كان على الأرض وزمامها بيده أو مربوطة به فهي له وكل ما على الدابة التي حكم بأنها له له ، ولا يحكم له ببستان وجد فيه في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه بعض المتأخرين بخلاف الدار ؛ لأن سكناها تصرف ، والحصول في البستان ليس تصرفًا ولا سكنى ، وقضية هذا التعليل أنه إذا كان يسكن عادة يكون كالدار ، ولا يحكم له بضيعة وجد فيها ، كما قال في الروضة : ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها . تنبيه : المراد بكون ما ذكر له صلاحية التصرف فيه ودفع المنازع له لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداء ؛ فلا يسوغ للحاكم بمجرد ذلك أن يقول ثبت عندي أنه ملكه نبه على ذلك الزركشي (وليس له) أي اللقيط (مال مدفون) ولو كان (تحته) وفيه رقعة مكتوب فيها أن الدفين له ؛ لأن الكبير العاقل لو كان جالسًا على أرض تحتها دفين لم يحكم له به ، وحكم هذا المال إن كان من دفين الجاهلية فركاز وإلا فلقطة . نعم إن حكم بأن المكان له فهو له مع المكان صرح به الدارمي وغيره . قال الأذرعي : ولو وجد خيط متصل بالدفين مربوط ببعض بدنه أو ثيابه وجب الجزم بأنه يقضى له به ، ولا شك فيه إذا انضمت الرقعة إليه (وكذا ثياب وأمتعة) ودابة (موضوعة بقربه) ليست له (في الأصح) ؛ لأن يده لا تثبت إلا على ما اتصل به ، بخلاف الموجود بقرب المكلف فإنه يحكم بملكه له ؛ لأن له رعاية . والثاني : أنها عملا بالظاهر ، وعلى الأول لو حكم بأن المكان له كان ذلك له مع المكان كما يؤخذ مما مر ، وصرح به المصنف في نكته وخرج بقربه البعيدة عنه فلا تكون له جزمًا .
تنبيه : لم يتعرضوا لضبط القرب . قال السبكي والمحال عليه فيه العرف (فإن لم يعرف له) أي اللقيط (مال) عام ولا خاص (فالأظهر أنه ينفق عليه من بيت المال) من سهم المصالح بلا رجوع كما صرح به في الروضة ؛ لأن عمر – رضي اللّٰه تعالى عنه – استشار الصحابة – رضي اللّٰه تعالى عنهم – في ذلك ، فأجمعوا على أنها في بيت المال ، وقياسًا على البالغ المعسر بل أولى .
والثاني : المنع بل يقترض عليه من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال (فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان وثم ما هو أهم من ذلك كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك أو حالت الظلمة دونه اقترض له الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام فإن تعذر الاقتراض (قام المسلمون بكفايته قرضًا) بالقاف بخطه حتى يثبت لهم الرجوع بما أنفقوا على اللقيط ويقسطها الإمام على الأغنياء منهم ويجعل نفسه منهم ، فإن تعذر استيعابهم لكثرتهم ؛ قسطها على من رآه منهم باجتهاده ، فإن استووا في اجتهاده ؛ تخير ، فإن ظهر له سيد رجعوا عليه أو ظهر له إذا كان حرًّا مال أو اكتسبه ؛ فالرجوع عليه أو قريب رجع عليه . فإن قيل : نفقة القريب تسقط بمضي الزمان فكيف يطالب بها قريبه ، . أجيب بأن النفقة وقعت قرضًا بإذن الحاكم والحاكم إذا اقترض النفقة على من تلزمه ثبت الرجوع بها ، ولا تسقط بمضي الزمان كما صرح به المصنف وغيره في بابها ، فإن لم يظهر له مال ولا قريب ولا كسب ولا للرقيق سيد ، فالرجوع على بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام ، وإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغه ويساره قضي منه ، وإن حصل له مال مع بيت المال معًا فمن ماله وسواء فيما ذكر اللقيط المحكوم بإسلامه أم بكفره على الأصح ، وإن صحح في الكفاية خلافه تبعًا للماوردي (وفي قول) يقوم المسلمون بكفايته (نفقة) ؛ لأنه محتاج عاجز ، وإن قام =

= بها بعضهم اندفع الحرج عن الباقين .
تنبيه : قوله : « قرضًا ونفقة » منصوبان بنزع الخافض أي بالقرض والنفقة أو على التمييز أي من جهة القرض والنفقة . (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله) أي اللقيط (في الأصح) ؛ لأنه مستقل بحفظ المالك فماله أولى ، ومحله كما قال الأذرعي : في العدل الذي يجوز إيداع مال اليتيم عنده ، والثاني يحتاج إلى إذن القاضي ، وعلى الأول ليس له مخاصمة من نازعه فيه إلا بولاية من الحاكم (ولا ينفق عليه منه) أي من مال اللقيط (إلا بإذن القاضي) ؛ لأن ولاية المال لا تثبت لقريب غير الأب والجد فالأجنبي أولى ، فإن أنفق بغير إذنه ضمن وقوله (قطعًا) تبع فيه الإمام ، وليس في الروضة وأصلها بل فيهما وجه حكاه ابن كج أنه إن أنفق بغير إذنه لم يضمن ، ومقتضاه أن إذن القاضي ليس شرطًا ، وقد حكى الرافعي الخلاف في الدعاوى وحكاه الماوردي هنا . تنبيه : محل وجوب مراجعة الحاكم إذا وجده ، فإن لم يجده أنفق وأشهد وجوبًا ، وقول ابن الرفعة « كل مرة فيه » حرج ، والظاهر أنه لا يكلف ذلك ، فإن لم يشهد مع الإمكان ضمن » .
قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٧٨/٤ ، ١٧٩) : « (ووجب لقط طفل) : أي صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقة وغيرها . والمراد بلقطه : أخذه للحفظ (كفاية) : أي وجوب كفاية إذا وجده جماعة بمضيعة ، أو كان المكان مطروقًا للناس . وإلا تعين على من وجده لقطه . ويسمى الطفل الملقوط ؛ لقيطًا ، وعرف ابن عرفة اللقيط بقوله : صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه ، فخرج ولد الزانية المعلومة . ومن علم رقه لقطة لا لقيط (انتهى) . (ونفقته) وحضانته واجبة (على ملتقطه) حتى يبلغ قادرًا على الكسب ولا رجوع له عليه (إن لم يعط) ما يكفيه (من الفيء) : أي بيت المال ، فإن أعطي منه لم تجب النفقة على الملتقط (إلا أن يكون له) أي اللقيط (مال من كهبة) أدخلت الكاف : الصدقة والحبس ، فإن كان له مال فنفقته من ماله ويحوزه له ملتقطه ، فعلم تقديم ماله ثم الفيء ثم الحاضن (أو يوجد معه) مال مربوط بثوبه (أو) يوجد مال (مدفونًا) بالنصب على الحال والرفع على النعت (تحته) فينفق عليه منه (إن كان معه رقعة) : أي ورقة مكتوب فيها أن المال المدفون تحته للطفل فينفق عليه منه ، وإلا كان لقطة يعرف على ما تقدم » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨/٦ ، ٣٩) : « فأما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو له ، وينفق عليه منه . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن الطفل يملك ، وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة ، كالبالغ . إذا ثبت هذا ، فكل ما كان متصلًا به ، أو متعلقًا بمنفعته ؛ فهو تحت يده ، ويثبت بذلك ملكًا له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسًا له ، أو مشدودًا في ملبوسه ، أو في يديه ، أو مجعولًا فيه ، كالسرير والسفط ، وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه وإن كان مشدودًا على دابة ، أو كانت مشدودة في ثيابه ، أو كان في خيمة ، أو في دار ، فهي له . وأما المنفصل عنه ، فإن كان بعيدًا منه ، فليس في يده ، وإن كان قريبًا منه ، كثوب موضوع إلى جانبه ، **ففيه وجهان** : **أحدهما** : ليس هو له ؛ لأنه منفصل عنه ، فهو كالبعيد . **والثاني** : هو له . وهو أصح ؛ لأن الظاهر أنه ترك له ، فهو له ، بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأنه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك =

١٩٠٦ - وقد يتفق أن من يطرح المولود يضع معه مالًا يستعين به الواجد على تربيته، فحكم هذا المال أن يعتبر ملكًا للَّقيط؛ لأنه في يده وهو من أهل الملك لكونه حرًّا فيكون ما في يده له، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المال مشدودًا به أو بدالية في ثيابه أو فوقه أو تحته أو على دابة هو عليها.

١٩٠٧ - وبما أن الملتقط ليس له عليه إلا ولاية الحفظ؛ فليس له أن ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي بما له من الولاية العامة، وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه فليس له أن يرجع على اللقيط، بل يعتبر متبرعًا إلا إذا أنفق عليه بإذن القاضي بأن قال له: أنفق لترجع؛ فحينئذ يثبت له حق الرجوع عليه.

= حمله قريبًا منه. **فأما المدفون تحته**: فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طريًّا، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طريًّا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريًّا، كان مدفونًا قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا، فلم يكن له إذا كان الحفر طريًّا، كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له، لشده واضعه في ثيابه، ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته، لم تجب نفقته على أحد؛ لأنه ذو مال، فأشبه غيره من الناس إذا ثبت هذا، فإن لملتقطه الإنفاق عليه منه بغير إذن الحاكم.

ذكره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه ولي له، فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم، كوصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف، فاستوى فيه الإمام وغيره، كتبديد الخمر. وروى أبو الحارث، عن أحمد، في رجل أودع رجلًا مالًا، وغاب، وطالت غيبته، وله ولد ولا نفقة له، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب، فقال: تقوم امرأته إلى الحاكم، حتى يأمره بالإنفاق عليهم فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم. فقال بعض أصحابنا: هذا مثله. **والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين؛ أحدهما**: أن الملتقط له ولاية على اللقيط، وعلى ماله؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه. **والثاني**: أنه ينفق على اللقيط من ماله، وهذا بخلافه، ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجًا إلى ذلك، لعدم ماله، وعدم نفقة تركها أبوه برسمه، وذلك لا يقبل فيه قول المودع، فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم. ولا كذلك في مسألتنا، فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط. ومتى لم يجد حاكمًا؛ فله الإنفاق بكل حال؛ لأنه حال ضرورة. وقال الشافعي: ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكمًا، وإن أنفق ضمن، بمنزلة ما لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان، فأنفق عليه منه؛ وذلك لأنه لا ولاية له على ماله، وإنما له حق الحضانة. وإن لم يجد حاكمًا، ففي جواز الإنفاق وجهان؛ ولنا: ما ذكرناه ابتداء، ولا نسلم أنه لا ولاية له على مال. فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه، وهو أولى الناس به، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. فإذا ثبت هذا، فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكمًا؛ لأنه أبعد من التهمة، وأقطع للظنة، وفيه خروج به من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق. فإذا ثبت هذا، فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم، فإذا بلغ اللقيط، واختلفا في قدر ما أنفق، وفي التفريط في الإنفاق، فالقول قول المنفق؛ لأنه أمين، فكان القول قوله في ذلك، كولي اليتيم».

نعم إذا تعذر إذن القاضي لبعد المسافة أو لكونه متعنتًا لا يأذن ، كفى في جواز الإنفاق عليه والرجوع بما أنفقه الإشهاد على ذلك .

(مادة ٣٥٩)

يُسَلِّمُ الْمُلْتَقِطُ اللَّقِيطَ لِتَعَلُّمِ الْعِلْمِ أَوَّلًا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِيهِ قَابِلِيَّةً، سَلَّمَهُ لِحِرْفَةٍ يَتَّخِذُهَا وَسِيلَةً لِتَكَسُّبِهِ . وَلَهُ نَقْلُهُ حَيْثُ شَاءَ ، وَشِرَاءُ مَا لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ مِنْ طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ وَقَبْضُ مَا يُوهَبُ لَهُ أَوْ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِ .

وَلَيْسَ لَهُ خَتْنُهُ ، وَلا تَزْوِيجُهُ ، وَلا إِجَارَتُهُ لِتَكُونَ الأُجْرَةُ لِلْمُلْتَقِطِ ، وَلا التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ بِغَيْرِ شِرَاءِ مَا ذُكِرَ مِنْ حَوَائِجِهِ الضَّرُورِيَّةِ (١) .

* * *

١٩٠٨ – وبما أن اللقيط تحت رعاية الملتقط فعليه أن يسعى له في كل ما يعود عليه بالمنفعة حتى يكون له مستقبل حسن ، فيثقف عقله بالعلم إذا كان مستعدًا له . فإن كان غير مستعد لذلك اختار له حرفة تساعده على المعيشة في هذه الحياة الدنيا .

١٩٠٩ – وإذا أراد الملتقط أن ينقله من جهة إلى أخرى ؛ جاز له ذلك إذا لم يكن المحل المنقول إليه مضرًا به بأن كان غير آمن أو كان بحالة تفسد فيها أخلاق اللقيط .

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٣٠١/٣) : « (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة) لأن ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها ، والتصرف في المال لا يجوز إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة ، وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، ولهذا لا تملكه الأم مع أنها تملك الإنكاح فذا أولى ، وهذا لأن في كل منهما لم يوجد إلا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعم والإجارة لا يملكها من لا يملك إتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الأم فإنها تملكه على ما عرف في موضعه ، وذكر القدوري أن له أن يؤجره لأنه يرجع إلى تثقيفه والأول أصح وهو رواية الجامع الصغير . (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة) لأن ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، ولهذا لا تملكه الأم مع أنها تملك الإنكاح فذا أولى ؛ وهذا لأن في كل منهما لم يوجد إلا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعم ، والإجارة لا يملكها من لا يملك إتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الأم فإنها تملكه على ما عرف في موضعه ، وذكر القدوري أن له أن يؤجره لأنه يرجع إلى تثقيفه ، والأول أصح وهو رواية الجامع الصغير . (ويسلمه في حرفة) لأنه نفع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب الحرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة » .

١٩١٠ - وكذا يسوغ له أن يتصرف في أموره الضرورية التي هي نافعة له نفعًا محضًا ؛ فيجوز أن يشتري له الطعام والكسوة ويؤجر له مسكنًا يسكن فيه ونحو ذلك مما لابد منه ، ويجوز له أن يقبل الهبة التي وهبت له ويقبضها له وكذا العارية والصدقة .

١٩١١ - وأما الأشياء التي ليست ضرورية ولم تتمحض لنفعه كالتزويج والختان والتجارة في أمواله وإجارته لتكون الأجرة للملتقط فليس له ذلك ؛ لأن الولاية على الغير تكون بقرابة أو ملك أو سلطة عامة ولم يوجد شيء من ذلك عند الملتقط والتصرف في المال يكون بكمال الرأي ووفور الشفقة ، وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، نعم إذا جعله القاضي وليًا عليه أو أذن له في ذلك صح .

(مادة ٣٦٠)

إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطَ وَاحِدٌ وَلَوْ غَيْرُ الْمُلْتَقِطِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ ، وَلَوْ ذِمِّيًّا . وَيَكُونُ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلْوَاجِدِ أَوِ الْمَكَانِ إِنْ كَانَ اللَّقِيطُ حَيًّا ؛ فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ فَلاَ يَثْبُتُ إِلاَّ بِحُجَّةٍ ، وَلَوْ لَمْ يَتْرُكْ مَالاً .

وَإِنِ ادَّعَاهُ نَفْسُ الْمُلْتَقِطِ ، وَنَازَعَهُ خَارِجٌ ، فَالْمُلْتَقِطُ أَوْلَى بِهِ ، وَلَوْ وَصَفَ الْخَارِجُ فِي جَسَدِهِ عَلاَمَةً وَوَافَقَتْ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في مجمع الأنهر (١/٧٠٣ ، ٧٠٤) : « (وإن ادعاه واحد) أنه ابنه قُبِلَ قَوْلُهُ (وثبت نسبه) أي اللقيط استحسانًا (منه) أي ممن يدعي إذا لم يدعه الملتقط واللقيط حي فإذا مات لم يصدق الغير إلا بحجة فإن ادعاه فدعوته أولى وإن كان ذميًا والآخر مسلمًا لأنه صاحب يد . (ولو) كان المدعي (عبدًا) لأن ثبوت النسب منه أولى من الانتفاء بالكلية (وهو) أي اللقيط مع كون أبيه عبدًا (حر) لأن ولد العبد قد يكون حرًا بكون أمه حرة فلا تبطل الحرية الثابتة تبعًا للدار بالشك . (أو) كان المدعي (ذميًا وهو) أي اللقيط مع كون أبيه ذميًا (مسلم إن لم يكن) أي إن لم يوجد (في مقرهم) أي مقر الذميين ؛ لأن دعوته تضمنت النسب وهو أنفع له وإبطال الإسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابنًا له أن يكون كافرًا كما لو أسلمت أمه وهو الاستحسان (وذمي إن كان) أي وجد (فيه) أي في مقر الذميين وهذا تصريح بأن المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه ، **فحاصله** : أن **هذه المسألة على أربعة أوجه** : **أحدها** : أن يجده مسلم في مكان المسلمين فيكون مسلمًا . **والثاني** : أن يجده كافر في مكان أهل الكفر فيكون كافرًا . **والثالث** : أن يجده كافر في مكان المسلمين . **والرابع** : أن يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه . وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد . وفي رواية : أيهما كان موجبًا لإسلامه فهو المعتبر ؛ لأن =

= الإسلام يعلو ولا يعلى عليه وهو أنفع له كما في أكثر المعتبرات ، فعلى هذا ينبغي للمصنف تقييد الواجد بكونه ذميًا ؛ لأن الواجد إذا كان مسلمًا يلزم أن يكون اللقيط مسلمًا على الروايتين الأخيرتين ، تأمل . وعند الأئمة الثلاثة هو مسلم مطلقًا . (وإن ادعاه اثنان معًا) كل منهما أنه ابنه (ثبت) نسبه (منهما) لعدم الأولوية وفيه إشارة إلى أنه لو ادعته امرأة ذات زوج فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت البينة ؛ صحت ، وإلا لا تصح الدعوى . وإن لم يكن لها زوج ؛ فلا بد من نصاب الشهادة وأقامتا البينة ثبت منهما عند الإمام ، وعندهما : لا يثبت ، وهو رواية عن الإمام . وإلى أنه لو ادعى أكثر من رجلين لم يثبت منه عند أبي يوسف ، وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لا الأكثر وعن الإمام يثبت من الأكثر .

(وإن وصف أحدهما علامة فيه) أي في جسده ووافق لأن الظاهر شاهد له (أو سبق) أحدهما في الدعوة على الآخر (فهو أولى) إلا إذا أقام الآخر البينة لأنه أقوى ، وإنما قيدنا بالموافقة ؛ لأنه لو وصف وأخطأ ولو في بعض فلا ترجيح وهو ابنهما . وفي البحر : أن العلامة مرجحة عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذي العلامة ، والمسلم على الذمي ذي العلامة وظاهر ما في الفتح تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة وينبغي تقديم الحر على العبد ذي العلامة . (والحر والمسلم) في دعوته (أولى من العبد والذمي) لف ونشر مرتب لأن حرية الأب أنفع له وكذا إسلامه إذا كان حرًا وإن كان عبدًا فالذمي أولى لأن الترجيح بإسلام يكون عند الاستواء ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذي يدعيه من الحرة أولى » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٦١٥/٣ ، ٦١٦) : « (ولو استلحق اللقيط) المحكوم بإسلامه (حر) ذكر (مسلم لحقه) بالشروط السابقة في الإقرار ؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره ، فأشبه ما لو أقر له بمال ، وسواء فيه الملتقط وغيره الرشيد والسفيه ، ويسن للقاضي أن يقول للملتقط : من أين هو ولدك ؛ من أمتك أو زوجتك أو شبهة ، فإنه قد يتوهم أن الالتقاط يفيد النسب بل ينبغي كما قال الزركشي وجوبه إذا كان المستلحق ممن يجهل ذلك احتياطًا للنسب . تنبيه : قوله مسلم لا مفهوم له ، فإن الكلام في لقيط محكوم بإسلامه ، وقد مر أنه يصح للكافر حينئذٍ استلحاقه لكن لا يتبعه في الكفر .

قال ابن الرفعة : ولو كان للمستلحق امرأة فأنكرت أنه ابنها لم يلحقها (و) إذا لحقه (صار أولى) أي أحق (بتربيته) من غيره بمعنى أنه مستحق لها دون غيره ، كقولهم فلان أحق بماله : يعني أنه لا حق لغيره فيه ، وقوله : حر لا مفهوم له أيضًا كما يشير إليه قوله (وإن استلحقه) أي اللقيط (عبد لحقه) لأنه في النسب كالحر لإمكان حصوله منه بنكاح أو وطء شبهة ، وإنما فصله المصنف عن الحر لأجل قوله (وفي قول يشترط) في لحوقه به (تصديق سيده) فيه لما فيه من قطع الإرث المتوهم على تقدير عتقه . وأجاب الأول بأنه لا عبرة بهذا ؛ لأن من استلحق ابنًا وكان له أخ يقبل استلحاقه ، وإذا لحقه بتصديق أو بغيره لا يسلم إليه لعجزه عن نفقته ، إذ لا مال له ، وعن حضانته ؛ لأنه لا يتفرغ لها فيقر في يد الملتقط وينفق عليه من بيت المال ، ولو أقر عبد بأخ أو عم لم يلحقه كما صرحوا به في الإقرار خلافًا لما جرى عليه ابن المقري تبعًا لظاهر كلام أصله ؛ لأنه يلحق النسب بغيره ، وشرطه أن يصدر من وارث حائز .

قال البلقيني : ولعله يتصور فيما إذا كان حال موت الحر حرًا ثم استرق لكفره وحرابته ، فإذا أقر به لحق الميت . ا . هـ . وهذا بعيد لا ينظر إليه إلا إن ثبت . ولو استلحق حر عبد غيره وهو بالغ عاقل فصدقه ؛ لحقه ، =

= ولا عبرة بما فيه من قطع الإرث المتوهم بالولاء ، وإن استلحقه وهو صغير أو مجنون لم يلحقه إلا ببينة كما مرّ في الإقرار (وإن استلحقته امرأة) حرة (لم يلحقها في الأصح) إلا ببينة ، وإن كانت خلية لإمكانها إقامة البينة بالولادة من طريق المشاهدة بخلاف الرجل ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . والثاني : يلحقها ؛ لأنها أحد الأبوين فصارت كالرجل . والثالث : يلحق الخلية دون المزوجة لبعد الإلحاق بها دونه ، فإن أقامت بينة على دعواها لحقها وكذا زوجها إن شهدت البينة بوضعه على فراشه وأمكن العلوق منه وإلا فلا يلحقه ، ولو تنازعت امرأتان لقيطًا أو مجهولًا وأقامتا بينتين تعارضتا وعرض معهما على القائف ، فلو ألحقه بإحداهما لحقها ولحق زوجها بالشرط المتقدم ، فإن لم يكن بينة لم يعرض على القائف لما مر أن استلحاق المرأة إنما يصح مع البينة . واستلحاق الأمة يصح بالبينة كالحرة ، لكن لا يحكم برق الولد لمولاها باستلحاقها لاحتمال انعقاده حرًا بوطء شبهة ، ويصح استلحاق الخنثى على الأصح عند القاضي أبي الفرج الزاز ، ويثبت النسب بقوله ؛ لأن النسب يحتاط له ولا يحتاط عليه ، فإن اتضحت ذكورته بعد استمر الحكم أو أنوثته فخلاف المرأة .

(أو) استلحق اللقيط (اثنان) أهلان للالتقاط بأن ادعى كل منهما نسبه منه (لم يقدم) منهما (مسلم وحر على ذمي) وأولى منه على كافر (وعبد) بل يستويان في ذلك ؛ لأن كلًّا منهما لو انفرد كان أهلًا لذلك ، فلابد من مرجح مما سيأتي (فإن لم يكن) لواحد منهما (بينة) أو كان لكل منهما بينة وتعارضتا كما سيأتي (عرض) اللقيط مع المدعيين (على القائف فيلحق من ألحقه به) لأن في إلحاقه أثرًا في الانتساب عند الاشتباه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى آخر الدعاوى ، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها فإنها تقدم على إلحاق القائف (فإن لم يكن قائف) بأن لم يوجد على دون مسافة القصر كما ذكره الماوردي ، وحكاه الرافعي في العدد عن الروياني (أو) كان ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) انتظر بلوغه و (أمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه) الجبلي (إليه منهما) فلا يكفي فيه مجرد التشهي ، فمن انتسب إليه منهما لحق به ؛ لما روى البيهقي بسند صحيح « أن رجلين ادعيا رجلًا لا يدري أيهما أبوه ، فقال عمر رضي الله تعالى عنه : اتبع أيهما شئت » ولأن طبع الولد يميل إلى والده ويجد به ما لا يجد بغيره ، فلا يكفي انتسابه وهو صبي ولو مميزًا بخلافه في الحضانة فإنه يخير بين أبويه ؛ لأن اختياره فيها لا يلزم ، بل له الرجوع عن الأول ؛ لأنه ليس من أهل الأقوال الملتزمة بخلاف ما هنا فلا يقبل رجوعه عن انتسابه إلى أحدهما وينفقان عليه مدة الانتظار والقرار على من لحقه النسب ، لكن إنما يرجع الآخر إذا أنفق بإذن الحاكم كما قيده الرافعي في الباب الثاني من العدد .

تنبيه : قول المصنف أمر يقتضي جبره عليه ، وبه صرح الصيمري وزاد غيره فإن امتنع حبس ، هذا فيمن امتنع عنادًا . أما من لم يمل طبعه إلى واحد منهما فيوقف الأمر ، فإن انتسب إلى غيرهما وصدقه ثبت نسبه منه ، وإذا انتسب إلى أحدهما وألحقه القائف بالآخر قدم القائف ؛ لأنه حجة أو حكم أو ألحقه القائف بأحدهما وأقام الآخر بينة قدمت ؛ لأنها حجة في كل خصومة ، ولو كانا ولدين فانتسب كل واحد منهما لواحد دام الإشكال ، فإن رفع أحدهما إلى الآخر قبل قوله بعد بلوغه ، وقوله : أو ألحقه بهما ؛ من زيادته من غير تمييز (ولو أقاما) على نسبه (بينتين متعارضتين سقطتا في الأظهر) وعرض على القائف كما مر إذ لا يمكن العمل بالبينتين ؛ لاستحالة كون الولد منهما ، ولا ترجح بينة بيد ؛ لأن اليد إنما تدل على الملك لا على النسب . =

= والثاني : لا يسقطان وترجح إحداهما بقول القائف . قال الرافعي : ولا يختلف المقصود على الوجهين ، وهما مفرعان على قول التساقط في التعارض في الأموال » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٨١/٤ ، ١٨٢) : « (ولا يلحق) اللقيط (بملتقط أو غيره إلا ببينة) تشهد بأنه ابنه ، ولا يكفي قولها إنه ضاع له ولد . (أو وجه) يصدق المدعي : أي يفيد بصدقه كمن عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه ولده ، وإنما طرحه لما سمع قول الناس إن الجنين إذا طرح يعيش ، أو طرحه لغلاء أو خوف عليه من شيء بينه مما يدل على صدقه ، فيلحق بصاحب الوجه المدعي أنه ولده » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٣٩٤/٢ ، ٣٩٥) : « (وإن ادعى أجنبي) أي : غير واجده (رقه) أي : اللقيط (وهو بيده) أي : المدعي رقه (صدق) المدعي لدلالة اليد على الملك (بيمينه) لإمكان عدم الملك حيث كان اللقيط دون التمييز ، أو مجنونًا ثم بلغ . قال : أنا حر لم يقبل. قاله الحارثي . وأما إن كان بالغًا حين الدعوى أو مميزًا . وقال : أنا حر ؛ فإنه يخلى سبيله إلا أن تقوم بينة برقه (ويثبت نسبه) أي اللقيط إذا ادعاه (مع) بقاء (رقه) لسيده ولو مع بينة بنسبه قال في الترغيب وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة حرة فتثبت حريته فإن ادعى ملتقطه رقه أو ادعاه أجنبي ، وليس بيده لم يصدق لأنها تخالف الظاهر بخلاف دعوى النسب ؛ لأن دعواه يثبت بها حق اللقيط ، ودعوى الرق يثبت بها حق عليه ، فلم تقبل بمجردها كرق غير اللقيط (وإلا) يكن اللقيط بيد الأجنبي المدعي لرقه (فشهدت له بينة بيد) بأن قالا : نشهد أنه كان بيده حكم له باليد (وحلف أنه) أي : اللقيط (ملكه) حكم له به ، ؛ لأن اليد دليل الملك فقبل قوله فيه (أو) شهدت له (بينة بملك) بأن شهدا أنه ملكه أو جار في ملكه . أو أنه عبده أو رقيقه أو قن حكم له به .

وإن لم يذكرا سبب الملك كما لو شهدا بملك دار أو ثوب (أو) شهدت له بينة (أن أمته) أي المدعي (ولدته) أي : اللقيط (في ملكه) أي : المدعي (حكم له به) ؛ لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ما ملكه . فإن شهدت البينة أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه لم يثبت الملك بذلك لجواز أن تلده قبل ملكه لها ، فلا يكون له مع كونه ابن أمته وكونها ولدته . ويكفي في البينة الشاهدة أن أمته ولدته في ملكه امرأةٌ واحدةٌ أو رجلٌ واحدٌ ؛ لأنه مما لا يطلع عليه الرجال غالبًا . وبه جزم في المغني ، أو لابد فيها من رجلين أو رجل وامرأتين كما ذكره القاضي ، فيه وجهان . قال الحارثي عن قول القاضي : إنه أشبه بالمذهب (وإن ادعاه) أي : رق اللقيط (ملتقطه لم يقبل) منه (إلا ببينة) تشهد بملكه له ، أو أن أمته ولدته في ملكه فيحكم له به كما لو لم يكن ملتقطه (وإن أقر به) أي : الرق (لقيط بالغ) بأن قال : أنا ملك زيد (لم يقبل) إقراره ولو صدقه زيد ، أو لم يعترف بالحرية قبل ذلك ؛ لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، وكما لو أقر قبل ذلك بالحرية ؛ ولأن الطفل المنبوذ لا يعرف رق نفسه ولا حريتها ، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه ، وإن قال برق لقيط مكلف بينة عادلة ؛ سمعت وحكم بها ، فإن كان اللقيط قبل ذلك قد تصرف ببيع أو شراء أو غيرهما ؛ نقضت تصرفاته لتبين أنه تصرف بغير إذن سيده . (و) إن أقر لقيط بالغ (بكفر وقد نطق بإسلام وهو يعقله) أي : الإسلام (أو) أقر به لقيط بالغ (مسلم حكمًا) تبعًا للدار (ف) هو (مرتد) يستتاب ثلاثًا فإن تاب وإلا قتل ، كما لو قال ذلك ابن مسلم (وإن أقر به) أي : بأن اللقيط =

= ولده (من يمكن كونه) أي : اللقيط (منه) أي : المقر به ، (ولو) كان المقر الممكن كونه منه كافرًا أو رقيقًا أو (أنثى ذات زوج أو) ذات (نسب معروف) أو إخوة (ألحق) اللقيط (ولو) كان اللقيط (ميتًا به) أي : بالمقر . لأن الإقرار بالنسب مصلحة محضة للقيط . لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه . فقبل كما لو أقر له بمال ، ولأن الأنثى أحد الأبوين فثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يمكن كونه من الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ومن وطء شبهة . ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل . و(لا) يلحق (بزوج) امرأة (مقرة) ؛ لأنه لم يولد على فراشه ولم يقر به . وكما لو ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته ، ويمكن أن تلده من وطء شبهة أو غيره (ولا يتبع) رقيقًا ادعى نسبه (في رق) ؛ لأنه لا يلزم من تبعية النسب الرق (ولا) يتبع (كافرًا) ادعى نسبه (في دينه إلا أن يقيم) مدعيه الكافر (بينة أنه ولد على فراشه) فيلحقه في دينه لثبوت أنه ولد ذميين . وكما لو لم يكن لقيطًا ما دام حيًا كافرًا إذ لو مات أحد أبويه أو أسلم قبل بلوغه حكم بإسلامه . (وإن ادعاه) أي : اللقيط (اثنان) رجلان كل منهما يقول : إنه ولده (فأكثر معًا) فإن ادعاه أحدهما بعد الآخر ؛ لحق بالأول إلا أن تلحقه القافة بالثاني فيلحق به وينقطع نسبه من الأول (قدم) به (من له بينة) لأنها علامة واضحة على إظهار الحق ، (فإن تساووا) أي : المدعون (فيها) أي : البينة بأن أقام كل منهم بينة أنه ولده ولم يكن أحدهما خارجًا وإلا قدمت بينته على بينة الداخل (أو) تساووا (في عدمها) بأن لم يكن لواحد منهم بينة بدعواه ، (عرض) اللقيط (مع) كل (مدعٍ) موجود (أو) مع (أقاربه) أي : المدعي كأبيه وجده وأخيه وابنه وابن ابنه (إن) كان (مات : على القافة) وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرفت منه معرفة ذلك ، وتكررت منه الإصابة فهو قائف ، (فإن ألحقته) القافة (بواحد) لحق به لقضاء عمر ﷺ ولم ينكر . فكان إجماعًا . ويدل عليه حديث عائشة « لما دخل عليها رسول الله ﷺ مسرورًا » وحديث الملاعنة (أو) ألحقته القافة (باثنين) من المدعيين له (حق) نسبه بهما . لما روي عن سعيد عن عمر « في امرأة وطئها رجلان في طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعًا فجعله بينهما » وبإسناده عن الشعبي قال : « وعلي يقول : هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه » رواه الزبير بن بكار عن عمر (فيرث) اللقيط (كلًا منهما) أي الاثنين الملحق بهما (إرث ولد) فإن لم يخلفا غيره ورث جميع مالهما (ويرثانه) جميعًا (إرث أب) واحد (وإن وصى له قِبلا) الوصية له ، لأنهما بمنزلة أب واحد ، وكذا لو وهب له أو اشتريا له ونحوه أو زوجاه (وإن خلف) ملحق باثنين (أحدهما فله) أي : المخلف منهما (إرث أب كامل ونسبه) مع ذلك (ثابت من الميت) لا يزيله شيء ، كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات . والزوجة وحدها تأخذ ما تأخذه الزوجات (ولأمي أبويه) إذا مات وخلفهما (مع أم أم) وعاصب (نصف سدس) لأنهما بمنزلة جدة لأب (ولها) أي : أم أمه (نصفه) أي : السدس كما لو كانت مع أم أب واحد (وكذا لو ألحقته) القافة (بأكثر من اثنين فيلحق بهم ، وإن كثروا) ؛ لأن المعنى الذي لأجله ألحق بالاثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه . وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر (وإن لم يوجد قافة) وقد ادعاه الاثنان فأكثر ضاع نسبه . فإن وجدت ولو بعيدة ذهبوا إليها (أو نفته) القافة عمن ادعياه أو ادعوه (أو أشكل أمره) على القافة فلم يظهر لهم فيه شيء (اختلف) فيه (قائفان) فألحقه أحدهما بواحد والآخر بآخر (أو) اختلف قائفان (اثنان =

١٩١٢ - ولا يخفى أن اللقيط غير معلوم النسب فهو محتاج إليه أي احتياج، لأنه يسر بثبوت نسبه ويتضرر بعدمه إذ يعير بذلك فإذا ادعاه واحد، يثبت نسبه بمجرد الدعوى لأنها في فائدته .

وإن ادعاه اثنان : فإما أن يكون الملتقط واحدًا منهما ، أو لا .

فإن كان الأول : قدمت دعوى من أقام البينة سواء كان الملتقط أو غيره ؛ لأن البينة أقوى براهين الإثبات . فإن لم توجد بينة قدمت دعوى الملتقط لأن الظاهر يشهد له لكونه في يده حتى لو أن غير الملتقط وصف علامة في بدنه ووافقت لا يقدم ؛ لأن وضع اليد أقوى من العلامة وكان مقتضى القياس ألا تقبل دعوى الملتقط لأنه باعترافه بأنه لقيط يكون معترفًا بأنه ليس ابنًا له فيكون متناقضًا ، إلا أنه تسومح في ذلك التناقض ؛ لأنه قد يخفى على الإنسان ولده الصغير ثم يعرفه ، والتناقض فيما يخفى سببه مغتفر .

١٩١٣ - وإذا كان المدعي غير مسلم : يكون اللقيط مسلمًا تبعًا للمكان أو الواجد إذا ثبت النسب بمجرد الدعوى .

فإن أثبت بنوته بالبينة صار تابعًا له في دينه أيضًا ، وكذا يكون تابعًا له في دينه إذا التقطه ذمي من مكان أهل الذمة كالبيعة أو الكنيسة أو الحارة الخاصة بهم .

= وثلاثة) من القافة ، بأن قال اثنان منهم : هو ابن زيد ، وثلاثة : هو ابن عمرو (ضاع نسبه) ؛ لتعارض الدليل ، ولأمر مرجح لبعض من يدعيه . أشبه من لم يدع نسبه . ولا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده . وإن ادعى نسب اللقيط رجل وامرأة ألحق بهما جميعًا لعدم التنافي . ؛ لأنه يمكن كونه منهما بنكاح بينهما أو وطء شبهة (ويؤخذ بـ) قول قائفين (اثنين خالفهما) قائف (ثالث) نصًا (كبيطارين) خالفهما بيطار في عيب ، (و) كـ (طبيبين) خالفهما طبيب (في عيب) قال في المنتخب : ويثبت النسب (ولو رجع عن دعواه) النسب (من ألحقته به القافة لم يقبل) منه الرجوع ؛ لأنه حق عليه (ومع عدم إلحاقها) أي : القافة (بواحد من اثنين) مدعيين لنسبه (فرجع أحدهما) عن دعواه (يلحق بالآخر) لزوال المعارضة ولا يضيع نسبه (ويكفي قائف واحد) في إلحاق النسب (وهو كحاكم فيكفي مجرد خبره) ؛ لأنه ينفذ ما يقول ، بخلاف الشاهد . فإن ألحقه بواحد ثم ألحقه بآخر كان لاحقًا بالأول فقط ؛ لأن إلحاقه جرى مجرى حكم الحاكم فلا ينقضي بمخالفة غيره له ، وكذا لو ألحقه بواحد ثم عاد فألحقه بآخر . وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف ؛ لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل كالتيمم مع الماء (وشرط كونه) أي : القائف (ذكرًا) ؛ لأن القافة حكم مستندها النظر والاستدلال . فاعتبرت فيه الذكورة كالقضاء (عدلًا) ؛ لأن الفاسق لا يقبل خبره وعلم منه اشتراط إسلامه بالأولى (حرًا) ؛ لأنه كحاكم (مجربًا في الإصابة) ؛ لأنه أمر علمي فلابد من العلم بعلمه له وطريقة التجربة فيه . ويكفي أن يكون مشهورًا بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة » .

١٩١٤ - ثم إن كون النسب يثبت بمجرد دعوى الملتقط إذا كان اللقيط حيًّا . فإن كان ميتًا ؛ فلا يثبت النسب إلا بالبينة ، سواء ترك مالًا أو لم يترك ؛ لأن الولد حينئذ غير محتاج إلى النسب ؛ فتكون دعوى إرث ، فلابد فيها من البينة له وهذا ظاهر بالنسبة لما إذا كان له مال .

فإذا لم يكن له مال ؛ تكون دعوى إرث أيضًا لاحتمال أنه يظهر له مال في المستقبل .

(مادة ٣٦١)

إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطَ اثْنَانِ خَارِجَانِ ، وَسَبَقَتْ دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ ؛ فَهُوَ ابْنُ السَّابِقِ عِنْدَ عَدَمِ الْبُرْهَانِ .

وَإِنِ ادَّعَيَاهُ مَعًا ؛ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلاَمَةً فِيهِ ، وَوَافَقَتِ الصِّحَّةَ ، يُقْضَى لَهُ بِهِ ، مَا لَمْ يُبَرْهِنِ الآخَرُ . وَإِنِ ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَذِمِّيٌّ مَعًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى بِهِ .

وَإِنِ اسْتَوَى الْمُدَّعِيَانِ مَعًا ، وَلَمْ يَكُنْ لأَحَدِهِمَا مُرَجِّحٌ عَلَى الآخَرِ ؛ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُهُمَا فِي حَقِّهِ مَا يَلْزَمُ الآبَاءَ لِلأَبْنَاءِ مِنْ أُجْرَةِ الْحَضَانَةِ وَالنَّفَقَةِ بِأَنْوَاعِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا إِنْ كَانَ أَهْلاً لِلْمِيرَاثِ [1] .

* * *

١٩١٥ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المدعيان خارجين : فإما أن يسبق أحدهما الآخر ، أو لا .

فإن سبق أحدهما حكم له ؛ أقام بينة أو لا وفي حالة الحكم له بدون بينة إذا أقام المتأخر بينة فدعواه أولى لتقويتها بالبينة .

وإن ادعياه معًا ؛ قدمت دعوى من أقام البينة . وإن عجز كل منهما عنها ، ولكن وصف أحدهما علامة في بدنه ووافقت ، صحت دعواه وبطلت دعوى الآخر ؛ لأن وصف العلامة يدل على أنه كان في يده وذو اليد مقدم على غيره كما تقدم .

وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا ولم ترجح دعوى أحدهما بينة أو علامة ؛ فدعوى المسلم أولى لترجيحه بالإسلام لأنه أنفع للولد .

وإن استوى المدعيان معًا ولم يوجد مرجح لأحدهما على الآخر ؛ يثبت نسبه من

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

كل منهما ؛ لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر وقد اعترف كلًّا منهما بما فيه المنفعة للولد ، وبناء على ذلك يلزمهما ما يلزم الآباء للأبناء ، فيجب عليهما معًا ما يحتاج إليه من أجرة الرضاعة والحضانة وغير ذلك ، ويرث كلًّا منهما إرث ابن كامل إذا ماتا قبله وكان أهلًا للميراث .

وقال الشافعي : يرجع إلى القافة ؛ فيثبت نسبه من أقربهما شبهًا .

(مادة ٣٦٢)

إِذَا ادَّعَتِ اللَّقِيطَ امْرَأَةٌ ذَاتُ بَعْلٍ ، فَإِنْ صَدَّقَهَا ، أَوْ أَقَامَتْ بَيِّنَةً عَلَى وِلادَتِهَا ، أَوْ شَهِدَتْ لَهَا الْقَابِلَةُ ؛ صَحَّتْ دَعْوَتُهَا ، وَثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهَا وَمِنْ بَعْلِهَا ، وَإِلا فَلاَ .

وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ بَعْلٍ ؛ فَلا بُدَّ مِنْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ (١) .

* * *

١٩١٦ - **هذا إذا كانت الدعوى من الرجال** . وأما إذا كانت من النساء : فلا يخلو الحال من أن تدعيه امرأة واحدة أو أكثر . فإن ادعته امرأة : فإما أن يكون لها زوج حقيقة ، أو حكمًا بأن تكون في عدة الرجعى ، أو لا .

١٩١٧ - **فإن كان الأول** : فإما أن يصدقها الزوج ، أو يكذبها . فإن صدقها ؛ قبلت دعواها وثبت نسبه منهما ، وإن كذبها ؛ فلها أن تثبت دعواها بشهادة القابلة الحرة البالغة العاقلة العدلة ، أو امرأة متصفة بما ذكر ، أو بشهادة رجل حر كذلك ؛ لأن الفراش قائم فلم يبق إلا إثبات الولادة ، وهي تثبت بما ذكر كما تقدم في ثبوت النسب في شرح مادة (٣٤٨) .

١٩١٨ - **وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الزوجية غير قائمة لا حقيقةً ولا حكمًا**

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في المبسوط (٢١٧/١٠) : « وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها ، لم تصدق إلا بشهود بخلاف ما إذا ادعاه رجل ؛ لأن النسب يثبت باعتبار الفراش فإنما يثبت من صاحب الفراش أولًا ، وهو الرجل فالمرأة بالدعوة تحمل النسب على غيرها ، وهو صاحب الفراش حتى إذا ثبت منه يثبت منها ، وقولها ليس بحجة على الغير ، والرجل يدعي النسب لنفسه ابتداء ، ويقر به على نفسه يوضح الفرق أن سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره ، وهو الوطء ، فيقبل فيه مجرد قوله ، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ، وذلك يقف عليه غيرها ، وهو القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة فإن أقامت رجلًا وامرأتين على الولادة يثبت النسب منها ؛ لأن النسب مما يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة الرجال مع النساء » .

وكانت معتدة لطلاق بائن : فلا تثبت دعواها إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول هذا عند الإمام . وقال أبو يوسف ومحمد : يكفي شهادة القابلة التي هى أهل لأداء الشهادة لبقاء أثر النكاح وهو العدة . والأول أصح هذا كله إذا لم تصرح بأنه ابنها من غير زوجها فإن صرحت بأنه ابنها من غيره ؛ صدقت بمجرد دعواها ؛ لما فيه من منفعة الولد ؛ لأنه يلزمها حضانته وإرضاعه والنفقة عليه لو كان معسرًا وهي موسرة ، ومثل هذا ما إذا لم يكن لها زوج أصلًا .

١٩١٩ - **وقال بعض المحققين** : لا تثبت دعواها إلا ببينة تامة ، أي : رجلين أو رجل وامرأتين أهل لأداء الشهادة .

١٩٢٠ - والفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل : هو أن في قبول دعوى الرجل وثبوت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه دفع العار عنه بإثبات نسبه الذي لولاه لكان زنيمًا مقطوع النسب ، بخلاف نسبه إلى أمه ، فإنه لا يلحقه عار بعدم معرفة أمه وفي ثبوت نسبه من أمه إيجاب حقوق كثيرة عليه ، فلابد في إثباتها عليه من البينة ، وهذا هو الأصح .

١٩٢١ - وإن ادعاه امرأتان أو أكثر ؛ فأيتهن أقامت البينة فهي أولى . وإن أقمن جميعًا البينة ؛ ثبت نسبه منهن لعدم المرجح ، هذا هو رأى الإمام .

وقال أبو يوسف : لا يثبت نسبه لتعارض البينات ، فإن كل بينة تكذب الأخرى ، وفي الواقع لا يمكن أن تصدق إلا بينة واحدة ؛ وباقي البينات كاذبة لاستحالة ولادة الولد إلا من امرأة واحدة ، وبما أن الصادقة غير معلومة للقاضي فلا يمكن الحكم لها ولا للكل .

١٩٢٢ - أما عدم إمكان حكمه للصادقة فظاهر ، لما أنه لا يعرفها . وأما حكمه للكل فلأنه يترتب عليه ثبوت نسب الولد ممن هي كاذبة ، فيكون حكمًا بلا بينة ، وقد تقدم أن الولد لا يلحقه عار بعدم معرفة نسبه من أمه فلا تثبت دعوى الأمومة إلا ببينة ، وهذا هو الظاهر [١] .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (٩٤) تكون نفقة اللقيط مجهول الأبوين من ماله إن وجد له مال فإذا لم يوجد له مال ولا متبرع بالإنفاق كانت نفقته على بيت المال .

(مادة ٣٦٣)

إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلَّقِيطِ مَالٌ وَلا ادَّعَى أَحَدٌ نَسَبَهُ ، وَأَبَى الْمُلْتَقِطُ الإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ، وَبَرْهَنَ عَلَى كَوْنِهِ لَقِيطًا ، يُرَتَّبُ لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ وَسُكْنَى وَدَوَاءٍ إِذَا مَرِضَ وَمَهْرٍ إِذَا زَوَّجَهُ الْقَاضِي ، وَيَكُونُ إِرْثُهُ وَلَوْ دِيَةً لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ (١) .

* * *

١٩٢٣ - ونفقة اللقيط واجبة في ماله إن كان له مال ، أو على أبيه إن ادعى أحد نسبه ، أو على قريبه إن علم له قريب ، فإن لم يكن شيء من ذلك فنفقته على بيت المال ؛ لأن تركته ولو دية له إذ الغرم بالغنم .

١٩٢٤ - وكذلك يجب على بيت المال بدل جنايته إذا جنى اللقيط على أحد وإذا كان محتاجًا لزوجة تخدمه لضرورة دعت إلى ذلك لزم بيت المال تزويجه .

أما إذا كان غير محتاج إليها للخدمة ؛ فلا يجب عليه ذلك ؛ لأنه يلزم على ذلك صرف أموال المسلمين بدون ضرورة وهو لا يجوز .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٣/٢٩٧ ، ٢٩٨) : « (ونفقته في بيت المال) روي ذلك عن عمر وعلي ﷺ ، ولأنه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف إلى مثله ؛ فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب . ولأن ميراثه لبيت المال ؛ فتجب نفقته منه ؛ لأن الخراج بالضمان ، ولهذا كانت جنايته فيه ، وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة من بيت المال في أواخر باب الجزية من كتاب السير ولو أنفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعًا ؛ لأنه ليس له ولاية الإلزام إلا أن يأمره القاضي بالإنفاق عليه ليرجع على اللقيط بها ؛ لأن للقاضي ولاية عليه فيكون دينًا عليه ، ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما إذا قضى دينًا على شخص بأمره فإنه يرجع عليه ، وفي الأصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر إلا إذا صرح له بأنه ينفق عليه ليرجع عليه ؛ لأن مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال . قال ﷺ : (كإرثه وجنايته) أي نفقته في بيت المال كما يكون إرثه له وجنايته فيه » .

الباب الثاني
فيما يجب للولد على الوالدين

(مادة ٣٦٤)

يُطْلَبُ مِنَ الْوَالِدِ أَنْ يَعْتَنِيَ بِتَأْدِيبِ وَلَدِهِ ، وَتَرْبِيَتِهِ ، وَتَعْلِيمِهِ مَا هُوَ مُيَسَّرٌ لَهُ مِنْ عِلْمٍ أَوْ حِرْفَةٍ ، وَحِفْظِ مَالِهِ ، وَالْقِيَامِ بِنَفَقَتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ حَتَّى يَصِلَ الذَّكَرُ إِلَى حَدِّ الاكْتِسَابِ وَتَتَزَوَّجَ الأُنْثَى .

وَيُطْلَبُ مِنَ الْوَالِدَةِ الاعْتِنَاءُ بِشَأْنِ وَلَدِهَا ، وَإِرْضَاعُهُ فِي الأَحْوَالِ الَّتِي يَتَعَيَّنُ عَلَيْهَا ذَلِكَ .

١٩٢٥ - كما أن للوالد على ولده حقوقًا ، كذلك للولد على أبويه حقوق ينبغي القيام بها ، فيلزمهما تربيته تربية حسنة كل بما يناسبه ؛ فالأم تحضنه وترضعه ، والأب يقوم بمصالحه ولوازمه ؛ فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك بأن يعوّده على الأخلاق الحسنة ، ويجنبه الأخلاق السيئة ، وإذا تعددت الأولاد يطلب من الأبوين المساواة بينهم حتى يكونوا متحابين فإن إيثار بعضهم على بعض يغرس بينهم أشجار البغضاء والخلاف . ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « ساووا بين أولادكم في العطية » [1] . وقال ﷺ : **« من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه »** .

فإذا بلغ ست سنين : نظمه في سلك تعليم ما هو مستعد له ليتحلى بأعظم حلية ويكون عضوًا عاملًا في الهيئة الاجتماعية ؛ فيكون لأبويه أثرًا حميدًا وذكرًا حسنًا .

١٩٢٦ - وكذا ينبغي للأب أن يعتني بحفظ مال أولاده بقدر ما يمكنه ويحرم عليه ضياعه في غير مصالح أولاده الشرعية ، وعلى الأبوين أن يكونا مثال الاستقامة والأدب أمام أولادهم ، وبذلك تنشأ الأولاد مطبوعة على الأخلاق الحسنة المكتسبة بطريق العمل في مبدأ فطرتهم حتى تكون طبيعة لهم فيعملون بها ما عاشوا ويعلمون أولادهم وغيرهم بحيث يكون الأبوان قد سنَّا سنةً حسنةً ، ومن سن سنة حسنة فله ثوابها وثواب من عمل بها إلى يوم القيامة .

---

(١) سنن سعيد بن منصور : (١١٩/١) (٢٩٣) .

الفصل الأول
في الرضاعة

(مادة ٣٦٥)

تَتَعَيَّنُ الأُمُّ لإِرْضَاعِ وَلَدِهَا وَتُجْبَرُ عَلَيْهِ فِي ثَلاَثِ حَالاَتٍ :

الأُولَى : إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ وَلا لأَبِيهِ مَالٌ يَسْتَأْجِرُ بِهِ مُرْضِعَةً ، وَلَمْ تُوجَدْ مُتَبَرِّعَةٌ .

الثَّانِيَةُ : إِذَا لَمْ يَجِدِ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ غَيْرَهَا .

الثَّالِثَةُ : إِذَا كَانَ الْوَلَدُ لا يَقْبَلُ ثَدْيَ غَيْرِهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦٠ ، ٥٦١) : « نفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد ، كذا في الجوهرة النيرة : الولد الصغير إذا كان رضيعًا ، فإن كانت الأم في نكاح الأب والصغير يأخذ لبن غيرها ؛ لا تجبر الأم على الإرضاع ، وإن لم يأخذ الولد لبن غيرها ؛ قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : في ظاهر الرواية لا تجبر أيضًا ، وقال شمس الأئمة السرخسي : تجبر ، ولم يذكر فيه خلافًا ، وعليه الفتوى ، وإن لم يكن للأب ولا للولد مال ؛ تجبر الأم على الإرضاع عند الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان ، والصحيح ؛ فإرضاع الصغير إذا كان يوجد من ترضعه إنما يجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، وأما إذا كان له مال فتكون مؤنة الرضاع في مال الصغير ، كذا في المحيط ، ويستأجر الأب من ترضعه عند الأم ، وهذا إذا ما وجدت من ترضعه . أما إذا لم توجد من ترضعه فتجبر الأم على الإرضاع . وقيل : لا تجبر الأم في ظاهر الرواية ، وإلى الأول مال القدوري وشمس الأئمة السرخسي ، كذا في الكافي . وليس على الظئر أن تمكث عند الولد في بيت أمه إذا لم يشترط عليها ذلك ويستغني الولد عنها في تلك الساعة ، وإذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم ، ولم يشترط في عقد الإجارة الإرضاع عند الأم كان لها أن تحمل الولد فترضعه ، أو تقول : أخرجوه فأرضعه في فناء دار الأم ، ثم يدخل الولد عند الأم ، وإن شرطوا في عقد الإجارة أن تكون الظئر عند الأم يلزمها الوفاء بما شرطته كذا في شرح الجامع الصغير القاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٥/١٨٧ ، ١٨٨) : « (ثم بعده) أي بعد إرضاع اللبإ (إن لم يوجد إلا هي) أي الأم (أو أجنبية وجب) على الموجود منهما (إرضاعه) إبقاء للولد ، ولهما طلب الأجرة من ماله إن كان ، وإلا فممن تلزمه نفقته (وإن وجدتا) أي الأم والأجنبية (لم تجبر الأم) وإن كانت في نكاح أبيه على إرضاعه لقوله تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ ، وإذا امتنعت حصل التعاسر (فإن رغبت) في إرضاعه (وهي منكوحة أبيه) أي الرضيع (فله منعها) مع الكراهة من إرضاعه (في الأصح) لأنه يستحق الاستمتاع بها في الأوقات المصروفة إلى الرضاع ، وهذا أقوى الوجهين في الشرحين (والأصح أن ليس له منعها) مع وجود غيرها (وصححه الأكثرون ، والله أعلم) لأن فيه إضرارًا بالولد ؛ لأنها عليه أشفق ولبنها له أصلح ، ولا تزاد نفقتها للإرضاع ، وإن احتاجت فيه إلى زيادة الغذاء ؛ لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها .

١٩٢٧ - الأم لا تجبر على إرضاع ولدها ؛ لأن امتناعها دليل عدم قدرتها على ذلك نظرًا لوفور شفقتها ، ولذا قال تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ (١) . غير أن هناك أحوالًا ضرورية تستدعي إجبار الأم على إرضاع ولدها وهي ثلاثة :

أولًا : إذا كان الأب فقيرًا لا يجد ما يستأجر به من ترضعه ولا مال للولد ؛ فتجبر على الإرضاع لأجل حفظ حياة الولد .

ثانيًا : إذا وجد مال عند الأب أو الولد ولم يوجد من ترضعه فيلزمها إرضاعه إحياء لنفسه . وقال بعضهم : لا يلزمها ذلك ، لأنه يمكن استغناء الولد عن اللبن بأشياء أخرى كدهن اللوز . والأول هو الصحيح ، لأن قصر الرضيع الذي لم يتعود الطعام على الدهن والشراب قد يؤدي إلى ضعفه وموته .

ثالثًا : إذا كان الولد لا يقبل ثديًا غير ثدي أمه ، فإن الأم يلزمها إرضاعه محافظة على حياته ، وهذا إذا لم يمكن استغناؤه ببعض الأطعمة كدهن الفستق أو اللوز أو لبن الماعز بدون أن يلحقه ضرر بسبب غذائه بتلك الأشياء .

= **تنبيه** : أفهم قوله « منكوحة » أنها لو كانت بائنًا أن له المنع جزمًا ، وليس مرادًا ، بل إن تبرعت لم ينزع الولد منها ، وإن طلبت أجرة ، فهي كالتي في نكاحه إذا توافقا وطلبت الأجرة ، وقوله : « أبيه » ، أنها إذا كانت منكوحة غير أبيه أن له منعها وهو كذلك إلا أن تكون مستأجرة للإرضاع قبل نكاحه فليس له منعها كما قال ابن الرفعة ، ولا نفقة لها ، وهذا كله كما قال الأذرعي في الزوجة والولد الحرين ، أما لو كان رقيقًا والأم حرة ، فله منعها كما لو كان الولد من غيره ، ولو كانت رقيقة والولد حر أو رقيق ، قال : فقد يقال من وافقه السيد منهما فهو المجاب ، ويحتمل غيره . ا . هـ . والأول أوجه » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٣٠٥/٢) : « قلت : أرأيت المرأة تأبى على زوجها رضاع ولدها منه ، قال : قال مالك : عليها رضاع ولدها على ما أحبت أو كرهت إلا أن تكون امرأة ذات شرف وغنى مثلها لا تكلف مؤنة الصبيان ولا رضاع ولدها ولا القيام على الصبيان في غناها وقدرها ، فلا أرى أن تكلف ذلك وأرى رضاعه على أبيه . فقلنا لمالك : على أبيه أن يغرم أجر الرضاع ، قال : نعم إذا كانت كما وصفت لك ، وإن مرضت أو انقطع درها فلم تقو على الرضاع وهي ممن ترضع كذلك أيضًا على أبيه يغرم أجر رضاعه . قال مالك : وإن كانت ممن يرضع مثلها فأصابتها العلة وضع ذلك عنها وكان رضاعه على أبيه » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٧/٥ ، ٤٨٨) : « (وإن امتنعت الأم) الحرة (من إرضاع ولدها لم تجبر) ولو كانت في حبال الزوج ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ وإذا اختلفا فقد تعاسرا وقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ محمول على حال الإنفاق وعدم التعاسر (إلا أن يضطر) الصغير (إليها أو يخشى عليه) بأن لا يوجد مرضعة سواها أو لا يقبل الصغير الإرضاع من غيرها فيجب عليها إرضاعه لأنه حال ضرورة وحفظ النفس كما لو لم يكن له أحد غيرها (ولكن يجب عليها أن تسقيه اللبن) لتضرره بعدمه بل يقال : لا يعيش إلا به » .

(١) الطلاق : ٦ .

فإن أمكن ولم يحصل للولد ضرر فلا يلزمها الإرضاع ، ومع ذلك فلها الأجرة عليه إن كانت تستحقها وتأخذها في الحال إن كان موسرًا ، وإلا فهي دين عليه ترجع بها عند يساره (١) .

(مادة ٣٦٦)

إِذَا أَبَتِ الأُمُّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهَا فِي الأَحْوَالِ الَّتِي لا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهُ ، فَعَلَى الأَبِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مُرْضِعَةً تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا (٢).

* * *

١٩٢٨ - فإن قامت الأم بإرضاع ولدها فبها ، وإن امتنعت عنه وكان غير واجب عليها فلا تجبر ، بل على الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها لتتعهده وتقوم بمصالحه (٣) .

(مادة ٣٦٧)

إِذَا أَرْضَعَتِ الأُمُّ وَلَدَهَا مِنْ زَوْجِهَا حَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ عِدَّةِ الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ ، فَلا تَسْتَحِقُّ أُجْرَةً عَلَى إِرْضَاعِهِ .

فَإِذَا اسْتَأْجَرَهَا لإِرْضَاعِ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهَا ؛ فَلَهَا الأُجْرَةُ (٤) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : الفصل الخامس عشر : الرضاع : إلزام الام بإرضاع ولدها : المادة (١٥٠) : تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٩/٢) : « (وإن كان الولد رضيعًا فليس على أمه أن ترضعه) ؛ لأن إرضاعه يجري مجرى نفقته ونفقته على الأب ، وقد قيل في قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ﴾ أي بإلزامها إرضاعه مع كراهتها ، وهذا إذا كان يوجد في الموضع من ترضعه غيرها ، أما إذا كان لا يوجد سواها ، فإنها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك فعلى هذا لا أجرة لها (ويستأجر الأب من يرضعه عندها) يعني إذا أرادت ذلك ثم إذا أرضعته الظئر عندها وأرادت أن تعود الظئر إلى منزلها فلها ذلك ولا يجب عليها أن تمكث في بيت الأم إذا لم يشرط ذلك عليها عند العقد فإن اشترط عليها أن يكون الإرضاع في بيت الأم لزمها الوفاء بالشرط ، قال في الحسامية : إذا لم يشترط على الظئر الإرضاع عند الأم كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء دار الأم ثم يدخل الولد إلى أمه » .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : استجار الأب لمرضعة: المادة (١٥١) : إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها .

(٤) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٨٩/٢) : « (فإن استأجرها ، وهي زوجة أو معتدة لترضع ولدها =

١٩٢٩ - والأم لا تستحق الأجرة على الإرضاع في كل الأحوال بل في بعضها ، وبيانه : أن الزوجية إما إن تكون قائمة أو غير قائمة .

= منه لم يجز) ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة وإن لم يجب في الحكم قال الله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ؛ فإذا قدمت عليه بالأجرة ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبًا عليها فلا يجوز أخذ الأجرة عليه (قوله : أو معتدة) يعني من الطلاق الرجعي رواية واحدة ؛ لأن النكاح قائم وأما المعتدة من البائن ففيه روايتان ، والصحيحة منهما أنه يجوز ؛ لأن النكاح قد زال فهي كالأجنبية فإن استأجرها وهي منكوحته أو معتدته من الرجعي لإرضاع ابنه من غيرها جاز سواء أوجد غيرها أم لا ؛ لأنه غير مستحق عليها (قوله : وإن انقضت عدتها فاستأجرها على إرضاعه جاز) ؛ لأن النكاح زال بالكلية وصارت أجنبية وقد قالوا إن الأب إذا التمس من يرضعه فأرادت الأم أن ترضعه فهي أولى ؛ لأنها أقوم به وأشفق عليه فإن أرادت أن تأخذ أجرة مع بقاء النكاح لم يجز (قوله : وإن قال الأب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجرة الأجنبية) كانت أحق وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعًا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٨٨/٥) : « (فإن اتفقا) على أن الأم ترضعه (وطلبت أجرة مثل) له (أجيبت) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ وكانت أحق به لما مر ، فاستئجار الزوج لها لذلك جائز . وقال العراقيون : لا يجوز لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها عقدًا آخر يمنع استيفاء الحق . وأجاب الأول بأن الاستئجار منه رضا بترك الاستمتاع وإذا أرضعت بالأجرة ، فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه ؛ فلها مع الأجرة النفقة ، وإلا فلا . تنبيه : ذكر المصنف حكم المنكوحة وسكت عن المفارقة ، وصرح في المحرر بالتسوية فقال : فإن وافقا عليه أو لم تكن في نكاحه وطلبت الأجرة إلى آخره ، فحذف المصنف له لا وجه له كما قاله ابن شهبة (أو) طلبت الأم (فوقها) أي أجرة المثل (فلا) تلزمه الإجابة لتضرره » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠٦/٤) : « وعلى الأم المتزوجة والرجعية إرضاع ولدها بلا أجر يعني أن الأم المتزوجة بأبي الطفل يلزمها إرضاع ولدها منه من غير طلب أجر وكذلك المطلقة طلاقًا رجعيًا لأنها كالزوجة إلا لعلو قدر يعني أن الزوجة إذا كانت عالية القدر بأن كانت من أشراف الناس فإنه لا يلزمها أن ترضع ولدها إلا أن لا يقبل الولد غيرها كما يأتي فإن أرضعته باختيار منها فلها أن تطلب أباه بالأجرة ومثل عالية القدر من حصل لها قلة لبن أو سقم فلا يلزمها أن ترضع ولدها وإن كانت غير عالية المقدار وبعبارة وعلو القدر بالعلم والصلاح كالبائن إلا أن لا يقبل غيرها أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبي يعني أن المطلقة طلاقًا بائنًا لا يلزمها أن ترضع ولدها وأجرة رضاعه لازمة لأبيه إلا أن لا يقبل غيرها فيلزم كلًّا من الشريفة والبائن الإرضاع مع إمكانه منها بوجود اللبن في ثديها وتجب لكل الأجرة كما في المدونة من مال الأب فإن أعدم فمن مال الصبي ، وكذلك يلزم كلًّا من الشريفة أو البائن أو غيرهما أن ترضع ولدها لكن مجانًا إذا قبل غيرها فيما إذا كان الأب عديمًا أو ميتًا ولا مال للصبي ، أما إذا كان للولد مال فإنه يستأجر له منه من يرضعه كمال الأب ويقدم مال الأب فقوله إلا أن لا يقبل غيرها أي الشريفة القدر والبائن مستثنى من المشبه والمشبه به » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٨/٨ ، ١٩٩) : « فإن أرادت إرضاع ولدها منه ، فكلام الخرقي يحتمل وجهين : أحدهما : أن له منعها من رضاعه ؛ لعموم لفظه ، وهو قول الشافعي ؛ لأنه يخل باستمتاعه منها ، فأشبه ما لو كان الولد من غيره . والثاني : ليس له منعها ؛ فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها ، =

فإن كانت قائمة ولو حكمًا بأن كانت مطلقة طلاقًا رجعيًا فإنها لا تستحق أجرة على إرضاع ولدها الذي جاءت به منه ، فإذا أرضعته ؛ فليس لها المطالبة بالأجرة ؛ لأن الواجب عليه رزقها وهو واجب عليه لقيام الزوجية فلو أخذت أجرة على الإرضاع لكان لها رزقان مع أن الحق ﷻ إنما أوجب عليه رزقًا واحدًا قال تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

نعم إذا أرضعت ولد زوجها من غيرها فلها الأجرة على ذلك ، لأنه أجنبي بالنسبة إليها ، فهو كأخذ الأجرة على إرضاع ولد لغير زوجها ، وهو جائز وإن كان زوجها ينفق عليها (٢) .

(مادة ٣٦٨)

إِذَا أَرْضَعَتِ الأُمُّ وَلَدَهَا مِنْ زَوْجِهَا بَعْدَ عِدَّةِ الطَّلاَقِ الْبَائِنِ أَوْ فِيهَا ، وَطَلَبَتْ أُجْرَةً عَلَى إِرْضَاعِهِ ، فَلَهَا الأُجْرَةُ (٣) .

١٩٣٠ - فإن كانت الزوجية غير قائمة بأن حصل الطلاق البائن ، فإما أن تكون قد خرجت من العدة أو لا ، **فإن كان الأول** : استحقت الأجرة اتفاقًا لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (٤) .

= فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ وهذا خبر يراد به أمر ، وهو عام في كل والدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات ؛ لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن ، وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره ، وقولنا ، في الوجه الأول : إنه يخل باستمتاعه قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك ممتنعا ، كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب ، لا سيما إذا تعلق به حق الولد ، في كونه مع أمه ، وحق الأم في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى ، وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى » .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٢) : ١ - أجرة رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعيًا أم اصطناعيًا على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه .

٢ - لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : استحقاق الأم لأجرة الرضاع : المادة (١٥٢) : لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن بعدها .

(٣) ينظر تعليقنا على المسألة السابقة .

(٤) الطلاق : ٦ .

وإن كان الثاني : ففيه خلاف ، قال بعضهم : إنها تستحق الأجرة ؛ لأن النكاح قد زال فألحقت بالأجانب . وهذا هو الذي عليه العمل .

وروى الحسن عن الإمام : أنه ليس لها أجرة ، لأن العدة من أحكام النكاح ، ولذا لا تجوز شهادة أحدهما للآخر ولا دفع زكاة أحدهما إلى صاحبه والنفقة ثابتة لها ، وعلة سقوط أجرها حال قيام الزوجية إنما هو وجوب النفقة عليه بسبب الزوجية .

وبما أن هذه العلة موجودة حال عدة البائن ، فيوجد معلولها ، وهو عدم استحقاق الأجرة لأن المعلول يدور مع العلة وجودًا وعدمًا (١) .

(مادة ٣٦٩)

الأُمُّ أَحَقُّ بِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ وَمُقَدَّمَةٌ عَلَى الأَجْنَبِيَّةِ ، مَا لَمْ تَطْلُبْ أُجْرَةً أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يُضَارُّ الأَبُ .

وَإِنْ رَضِيَتِ الأَجْنَبِيَّةُ بِإِرْضَاعِهِ مَجَّانًا أَوْ بِدُونِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ ، وَالأُمُّ تَطْلُبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ ، فَالأَجْنَبِيَّةُ أَحَقُّ مِنْهَا بِالإِرْضَاعِ ، وَتُرْضِعُهُ عِنْدَهَا .

وَلِلأُمِّ أَخْذُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ عَلَى الْحَضَانَةِ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْمُتَبَرِّعَةُ مَحْرَمًا لِلصَّغِيرِ وَتَتَبَرَّعُ بِحَضَانَتِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تُمْنَعَ الأُمُّ عَنْهُ وَالأَبُ مُعْسِرٌ ، فَتُخَيَّرُ الأُمُّ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ مَجَّانًا وَدَفْعِهِ لِلْمُتَبَرِّعَةِ كَمَا هُوَ مُوَضَّحٌ فِي مَادَّةِ (٣٨٩) (٢) .

* * *

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (١٥٣) : الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجرة أكثر ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٨) أ - يشترط لإرث أحد الزوجين الآخر :
١ - أن يكون الزواج صحيحًا . ٢ - قيام الزوجية بينهما حقيقةً أو حكمًا .
ب - ترث المطلقة في مرض الموت ولو بائنًا .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في البحر الرائق (٢٢١/٤ ، ٢٢٢) : « (قوله وهي أحق بعدها ما لم تطلب زيادة) أي الأم أحق بإرضاع ولدها من الأجنبية بعد انقضاء العدة ما لم تطلب أجرة زائدة على أجرة الأجنبية للإرضاع ، فحينئذ لا تكون أحق . وإنما جاز لها أخذ الأجرة بعد انقضاء عدتها ؛ لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية فإن قلت : إن وجوب الإرضاع عليها هو المانع من أخذ الأجرة وهو بعينه موجود بعد انقضائها ، فليست كالأجنبية قلت : إن الوجوب عليها مقيد بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم =

١٩٣١ - ولما كانت الأم أكثر الناس حنانًا وشفقة على ولدها ؛ كانت أولى به في الإرضاع وغيره .

= الأجرة مقامه ، كما في فتح القدير وإنما كانت أحق ؛ لأنها أشفق فكان نظرًا للصبي في الدفع إليها وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعًا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ . أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية وفي الذخيرة : لو صالحت المرأة زوجها عن أجر الرضاع على شيء إن كان الصلح حال قيام النكاح أو في العدة عن طلاق رجعي ؛ لا يجوز ، وإن كان عن طلاق بائن واحدة أو ثلاثًا جاز على إحدى الروايتين ؛ لأن الصلح على أن يعطيها شيئًا لترضع ولدها استئجار لها ، وإذا جاز الصلح فهو كما لو استأجرها على عمل آخر من الأعمال على دراهم وصالحها عن تلك الدراهم على شيء بعينه جاز ، وإن صالح عنها على شيء بغير عينه لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس ؛ حتى لا يكون بيع دين بدين ، وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج ؛ لأنها أجرة وليست بنفقة ا هـ . وكذا ذكر في الولوالجية : لا تسقط هذه الأجرة بموته ، بل تكون أسوة الغرماء . ا . هـ .
فالحاصل أنه أجرة فلذا لا تتوقف على القضاء وظاهر المتون أن الأم لو طلبت الأجرة أي أجرة المثل ، والأجنبية متبرعة بالإرضاع فالأم أولى ؛ لأنهم جعلوا الأم أحق في سائر الأحوال إلا في حالة طلب الزيادة على أجرة الأجنبية والمصرح به بخلافه كما في التبيين وغيره أن الأجنبية أولى لكن هي أولى في الإرضاع أما في الحضانة ، ففي الولوالجية وغيرها : رجل طلق امرأته وبينهما صبي وللصبي عمة أرادت أن تربيه وتمسكه من غير أجر من غير أن تمنع الأم عنه ، والأم تأبى ذلك وتطالب الأب بالأجر ونفقة الولد ؛ فالأم أحق بالولد ، وإنما يبطل حق الأم إذا تحكمت الأم في أجرة الإرضاع بأكثر من أجرة مثلها ، والصحيح أنه يقال للوالدة : إما أن تمسكي الولد بغير أجر وإما أن تدفعيه إلى العمة . ا . هـ .
ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأم تريد الأجرة على الحضانة . ولا تقاس على العمة ؛ لأنها حاضنة في الجملة ، وقد كثر السؤال عن هذه المسألة في زماننا (العاشر الهجري) وهو أن الأب يأتي بأجنبية متبرعة بالحضانة ، فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة وظاهر المتون أن الأم تأخذ بأجرة المثل ولا تكون الأجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح إلا أن يوجد نقل صريح في أن الأجنبية كالعمة والظاهر أن العمة ليست قيدًا ، بل كل حاضنة كذلك ، بل الخالة كذلك بالأولى ؛ لأنها من قرابة الأم ، ثم اعلم أن ظاهر الولوالجية أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد وهو للمغايرة فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفي عن نفقة الولد ؛ لأن الولد لا يكفيه اللبن ، بل يحتاج معه إلى شيء آخر كما هو المشاهد ، خصوصًا الكسوة ، فيقرر القاضي له نفقة غير أجرة الإرضاع وغير أجرة الحضانة ، فعلى هذا تجب على الأب ثلاثة : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، ونفقة الولد . **أما أجرة الرضاع** : فقد صرحوا بها هنا ، **وأما أجرة الحضانة** : فصرح به قارئ الهداية في فتاواه ، **وأما نفقة الولد** : فقد صرحوا بها في الإجارات في إجارة الظئر . قال الزيلعي فيها : والطعام والثياب على الوالد ، وما ذكره محمد في الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة . ا . هـ .
فالحاصل : أن الأم ليس عليها إلا الإرضاع ، وإصلاح طعامه ، وغسل ثيابه . لكن في الخانية : وبعد الفطام يفرض القاضي نفقة الصغير على طاقة الأب ، ويدفع إلى الأم حتى تنفق على الأولاد ا هـ . إلا أن يقال : إن مراده النفقة الكاملة بخلافها في زمن الرضاع فإنها قليلة . وفي المجتبى : وإذا كان للصبي مال ، فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير ، ومدة الرضاع ثلاثة أوقات : أدنى وهو حول ، ونصف ، وأوسط وهو حولان ونصف ، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططًا ، ولو زاد لا يكون تعديًا فلو استغنى الولد دون الحولين ففطمته في حول ونصف =

١٩٣٢ - ولا فرق في ذلك بين كون الزوجية قائمة أو لا ، إلا أن هذه الأولوية مقيدة بما إذا لم تطلب زيادة على ما تطلبه الأجنبية أو لم توجد أجنبية متبرعة ؛ لأن في تقديم غيرها عليها في الحالة الأولى إضرارًا بها وهو لا يجوز .

١٩٣٣ - نعم إذا وجدت أجنبية ترضعه بأجر أقل مما تطلبه الأم . ولو كان الذي تطلبه الأم أجر المثل والذي تطلبه الأجنبية دون ذلك أو كانت الأجنبية متبرعة والأم تطلب أجرًا ، فهي - أي الأجنبية - أحق لأن المقصود غذاء الرضيع ، وقد أمكن الحصول عليه بدون مشقة على الأب ، فيكون في تقديم الأم على الأجنبية إضرارًا بالأب .

١٩٣٤ - وقد قال تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ [1]. ولكن لا تضار الوالدة بأخذ الولد منها بل ترضعه عندها ولا فرق في حكم الرضاع بين كون الأب موسرًا أو معسرًا ، أما بالنسبة للحضانة : ففي كليهما تفصيل يأتي في مادة (٣٩٠) .

١٩٣٥ - ثم إن محل كون الأب مطالبًا بالأجرة عند استحقاق الأم لها إنما هو في حال عسرة الولد ، فإن كان له مال ؛ فالأجرة عليه دون أبيه ، وإن كان غنيًا ؛ لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه ، إلا الزوجة ؛ فإن نفقتها في نظير انضمامها ومكثها عند الزوج ، فنفقتها عليه ، وإن كانت غنية ، بخلاف الولد فإن نفقتها للحاجة وبيساره اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

(مادة ٣٧٠)

فِي كُلِّ مَوْضِعٍ جَازَ اسْتِئْجَارُ الأُمِّ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا ، يَكُونُ لَهَا الأُجْرَةُ ، وَلَوْ بِلَا عَقْدِ إِجَارَةٍ مَعَ أَبِيهِ أَوْ وَصِيِّهِ ، فَيَأْمُرُهُ الحَاكِمُ بِدَفْعِ أُجْرَةِ المِثْلِ لَهَا مُدَّةَ إِرْضَاعِهِ .

وَمُدَّةُ الإِرْضَاعِ فِي حَقِّ الأُجْرَةِ حَوْلَانِ لَا أَكْثَرُ .

* * *

= بالإجماع ولا تأثم ، ولو لم يستغن بحولين ، حل لها أن ترضعه بعدهما عند عامة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب .

وأما الكلام في استحقاق الأجرة : فمنهم من قال : إنه على الخلاف حتى أن المبانة تستحق إلى الحولين ونصف عنده ، وعندهما : إلى حولين فقط ، وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع في حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعًا وتستحق في الحولين إجماعًا ، **وظاهر كلامهم** : أن وجوب أجرة الرضاع لا تتوقف على عقد إجارة مع الأم ، بل تستحقه بالإرضاع مطلقًا في المدة المذكورة ، وقد قدمنا أنه ليس بفقه . وفي الظهيرية : وإذا أقرت المعتدة أنها قبضت نفقة أولادها الصغار لخمسة أشهر ، ثم قالت : إنها قبضت عشرين درهما ، ونفقة خمسة أشهر مائة درهم ، لم تصدق على ذلك ، وإن قالت : ضاعت النفقة ؛ فإنها ترجع على أبيهم بنفقتهم دون حصتها ».

(١) البقرة : ٢٣٣ .

١٩٣٦ – إن لم يحصل اتفاق على الأجرة : بأن أرضعت الأم ولدها ولم تعقد مع أبيه عقد إجارة وكانت تستحق أجرة إرضاعها من أبيه لعدم قيام الزوجية وانقضاء العدة فلها أن تطالبه بأجرتها ؛ لأن إيجاب رزقها عليه غير مقيد بوجود العقد بينهما كما هو ظاهر من قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ (١) .

١٩٣٧ – وقال بعض العلماء : إذا لم يكن بينهما عقد إجارة فلا تستحق عليه شيئًا ؛ لأن أقدامها على إرضاع ولدها بدون طلب أجرة دليل على تبرعها فتكون مسقطة لحقها والساقط لا يعود .

وكلا الرأيين صحيح ؛ فيلزم القاضي النظر في أمر الأم فإن كان حالها يدل على احتياجها وأن مثلها لا يتبرع عمل بالرأى الأول ، وإن كان حالها يدل على أنها تتبرع وأنها تطلب الأجرة طمعًا أو تعنتًا عُمِلَ بالثاني ، والمدة التي تستحق المرضعة فيها أجرة رضاعها هي حولان لا غير لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (٢) . ولا رضاع بعد التمام .

١٩٣٨ – وأجرة الرضاع لا تأخذ حكم نفقة الزوجة من السقوط ، بل تأخذ حكم سائر الديون ، لأنها في نظير عمل (٣) .

وبناء على ذلك : لا تسقط أجرة الرضاع بمضي شهر مثلًا ، ولا بموت الأم ، ولا بموت الأب ، فإن ماتت الأم ، فلورثتها مطالبته بالأجرة ، وإن مات الأب ، فأجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك أصحاب الديون فيها .

(مادة ٣٧١)

حُكْمُ الصُّلْحِ كَالاسْتِئْجَارِ ، فَإِذَا صَالَحَتْ أُمُّ الْوَلَدِ أَبَاهُ عَنْ أُجْرَةِ الرَّضَاعِ عَلَى شَيْءٍ ، فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ حَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، فَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ . وَإِنْ كَانَ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثٍ ، صَحَّ ، وَوَجَبَ مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ (٤) .

* * *

(١ ، ٢) البقرة : ٢٣٣ .

(٣) جاء في الدر المختار (٣/٦٢٠ ، ٦٢١) : « وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج بل تكون أسوة الغرماء ؛ لأنها أجرة لا نفقة » .

(٤) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦١) : « وإن صالحت المرأة زوجها عن أجرة الرضاع على =

١٩٣٩ - وفي كل موضع ثبت للأم أخذ أجرة الرضاع بعقد الإجارة إذا صالحت الزوج عن الأجرة صح الصلح ، وفي كل موضع لا يثبت لها أخذ الأجرة على الإرضاع لا يصح الصلح .

وينبني على ذلك : أنه إذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شيء معلوم ؛ فإن كان هذا الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكمًا ؛ فهو غير صحيح ، لأنها لا تستحق أجرة على الرضاع في هاتين الحالتين .

وإن كان الصلح في عدة الطلاق البائن سواء كان بواحدة أو ثلاث ؛ صح الصلح على القول المعمول به الآن .

وإن كان بعد انقضائها مطلقًا ، أي سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن ؛ صح الصلح اتفاقًا ؛ فيجب ما اصطلحا عليه لاستحقاق الأم الأجرة .

(مادة ٣٧٢)

الأُجْرَةُ الْمَعْدُودَةُ لِلأُمِّ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا لَا تَسْقُطُ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، بَلْ تَجِبُ لَهَا فِي تَرِكَتِهِ وَتُشَارِكُ غُرَمَاءَهُ .

* * *

(مادة ٣٧٣)

الظِّئْرُ - أَيِ : الْمُرْضِعَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ - إِذَا أَبَتْ أَنْ تُرْضِعَ الطِّفْلَ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ ، وَكَانَ لا يَقْبَلُ ثَدْيَ غَيْرِهَا ، تُجْبَرُ عَلَى إِبْقَاءِ الإِجَارَةِ . وَلَا تُلْزَمُ بِالْمُكْثِ عِنْدَ أُمِّ الطِّفْلِ ، مَا لَمْ يُشْتَرَط ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ (١) .

* * *

= شيء إن كان الصلح حال القيام بالنكاح ، أو في العدة عن طلاق رجعي لا يجوز ، وإن كان الصلح في العدة عن طلاق أو طلقات ثلاث جاز على إحدى الروايتين ، فإذا صالحها على شيء بغير عينه لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس ، وفي كل موضع جاز الاستئجار ، ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج ؛ لأنها أجرة ، وليست بنفقة هكذا في الذخيرة » .

(١) جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦١) : « عن محمد رحمه الله : استأجر ظئرًا للصبي شهرًا ، فلما انقضت المدة أبت إرضاعه ، وهو لا يأخذ لبن غيرها ؛ تجبر على إبقاء الإجارة بالإرضاع ؛ كذا في الوجيز للكردري » .

١٩٤٠ - فإن كانت مرضعة الطفل غير أمه ، سمت تلك المرضعة : ظِئْرًا ، وهذه تلزم بالإرضاع مدة عقد الإجارة إلا إذا طرأ ما يستوجب نسخه .

فإن انتهت مدة الإجارة فلا تجبر على إرضاعه إلا إذا كان يترتب على ذلك ضرر لطفل بأن لم يقبل ثدي غيرها ، أو لم توجد مرضعة سواها ؛ لأن في عدم إرضاعها إياه ضررًا عظيمًا ، وربما أدى ذلك إلى موته .

١٩٤١ - ومع كون الظئر ملزمة بالإرضاع على ما بين فلا تلزم بالمكث عند أم الرضيع ، بل لها أن ترضعه وتخرج أو ترضعه في فناء البيت .

١٩٤٢ - ومحل كون الظئر لا تلزم المكث في بيت الأم إذا لم يشترط عليها ذلك في عقد الإجارة ، فإن شرط عليها ذلك ، لزمها المقام في بيت الأم ؛ لأنها قد التزمت بذلك ، ومن التزم بشيء لزمه القيام به .

الفصل الثاني
في مقدار الرضاع الموجب للتحريم

(مادة ٣٧٤)

يَثْبُتُ تَحْرِيمُ النِّكَاحِ بِالرَّضَاعِ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الْحَوْلَيْنِ الْمُقَدَّرَةِ لَهُ ، وَلَوْ بَعْدَ اسْتِغْنَاءِ الطِّفْلِ بِالطَّعَامِ فِيهِمَا . وَيَكْفِي فِي التَّحْرِيمِ قَطْرَةٌ وَاحِدَةٌ مِنْ لَبَنِ الْمَرْأَةِ الْمُرْضِعَةِ وَلَوْ حَلِيبًا مِنْ ثَدْيِهَا بَعْدَ مَوْتِهَا ، إِذَا تَحَقَّقَ وُصُولُ الْقَطْرَةِ إِلَى جَوْفِ الرَّضِيعِ مِنْ فَمِهِ مَصًّا أَوْ إِيجَارًا ، أَوْ مِنْ أَنْفِهِ إِسْعَاطًا .

فَلَوِ الْتَقَمَ الْحَلَمَةَ ، وَلَمْ يُدْرَ أَدَخَلَ اللَّبَنُ فِي حَلْقِهِ أَمْ لا ، فَلَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ ، وَكَذَا لا يَثْبُتُ بِالْحَقْنِ وَالإِقْطَارِ فِي الأُذُنِ وَالْجَائِفَةِ وَالآمَّةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٩/٤ ، ١٠) : « أما الإقطار في الأذن فلا يحرم ؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن وكذلك الإقطار في الإحليل ؛ لأنه لا يصل إلى الجوف فضلًا عن الوصول إلى المعدة ، وكذلك الإقطار في العين والقبل لما قلنا ، وكذلك الإقطار في الجائفة وفي الآمة ؛ لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة ، والآمة إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء ، فلا تثبت به الحرمة ، والحقنة لا تحرم بأن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة . وروي عن محمد أنها تحرم ، وجه هذه الرواية : أنها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم ، وجه ظاهر الرواية : أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء ؛ لأن موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة . ولو جعل اللبن مخيضًا أو رائبًا أو شيرازًا أو جبنًا أو أقطًا أو مصلًا فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة ؛ لأن اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه . أما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى ، فإن اختلط بالطعام : فإن مسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم جميعًا ؛ لأنه تغير عن طبعه بالطبخ . وإن لم تمسه النار ؛ فإن كان الغالب هو الطعام ؛ لم تثبت الحرمة ؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة .

وإن كان اللبن غالبًا للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يثبت ، وجه قولهما : أن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع ، فيجب اعتباره ما أمكن كما إذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولأبي حنيفة أن الطعام : وإن كان أقل من اللبن ، فإنه يسلب قوة اللبن ؛ لأنه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوبًا معنى وإن كان غالبًا صورة وإن اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ ؛ يعتبر فيه الغالب فإن كان اللبن غالبًا يحرم ؛ لأن =

= هذه الأشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل بقدر ذلك ؛ لأنها إنما تخلط باللبن ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل إليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الأشياء أولى ، وإن كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة ؛ لأن اللبن إذا صار مغلوبًا صار مستهلكًا فلا يقع به التغذي ، فلا تثبت به الحرمة ، وكذا إذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضًا ، فإن كان اللبن غالبًا ؛ يثبت به الحرمة ، وإن كان الماء غالبًا ؛ لا يثبت به ، وهذا عندنا وعند الشافعي : إذا قطر من الثدي مقدار خمس رضعات في جب ماء فسقي منه الصبي تثبت به الحرمة . وجه قوله : أن اللبن وصل إلى جوف الصبي بقدره في وقته ؛ فتثبت الحرمة كما إذا كان اللبن غالبًا ، ولا شك في وقت الرضاع ، والدليل على أن القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي : أن اللبن وإن كان مغلوبًا فهو موجود شائع في أجزاء الماء ، وإن كان لا يرى فيوجب الحرمة . ولنا : أن الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على ما نطقت به الأحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذي الصبي لزوال قوته ألا ترى أنه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي فلم يكن محرمًا وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف ، وذكر الجصاص أن جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما ، فأما على قول أبي حنيفة : ينبغي أن يحرم وإن كان اللبن غالبًا ، وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث إن اختلاطه بالماء يسلب قوته . وإن كان الماء قليلًا كاختلاطه بالطعام القليل ، وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ، ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضًا لما ذكرنا ، ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ؛ فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف .

وروي عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعًا ، وهو قول زفر . وجه قول محمد : أن اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس ، فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكًا فلا يصير القليل مستهلكًا في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بإنبات اللحم وإنشاز العظم أو سد الجوع ؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر ، والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكًا له : أن من غصب من آخر زيتًا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعًا ، ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه ؛ يعتبر الغالب فإن كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته وإن كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكًا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ، ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب ، كذا ههنا ، ولمحمد أن يفرق بين الفصلين فإن اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الإخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره ؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر ، وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء ، واللبن مغلوب ؛ لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يختل » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٢٣/٥ - ١٢٧) : « (إنما يثبت) بالنسبة لأحكامه الآتية من تحريم النكاح وثبوت المحرمية المفيدة جواز النظر ، والخلوة ، وعدم نقض الوضوء بالمس لا بالنسبة لإرث ، ونفقة ، وعتق بملك ، وسقوط قود ورد شهادة وغيرها من أحكام النسب المختصة به (بلبن امرأة) آدمية خلية أو مزوجة (حية) حياة مستقرة حال انفصاله منها (بلغت تسع سنين) قمرية تقريبًا وإن لم يحكم ببلوغها بذلك ، فخرج باللبن غيره كأن امتص من الثدي دمًا أو قيحًا ، وبامرأة ثلاثة أمور : أحدها : الرجل فلا يثبت بلبنه على =

= الصحيح ؛ لأنه ليس معدًّا للتغذية فلم يتعلق به التحريم كغيره من المائعات ، لكن يكره ولفرعه نكاح من ارتضعت منه كما نص عليه في الأم والبويطي . ثانيها : الخنثى المشكل ، والمذهب توقفه إلى البيان ، فإن بانت أنوثته حرم وإلا فلا ، وإن مات قبله لم يثبت التحريم ، فللرضيع نكاح أم الخنثى ونحوها كما نقله الأذرعي عن المتولي وأقراه . ثالثها : البهيمة ، فلو ارتضع صغيران من شاة مثلًا لم يثبت بينهما أخوة فتحل مناكحتهما ؛ لأن الأخوة فرع الأمومة ، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع ، وبآدمية ، ولو عبر بها بدل المرأة كما عبر به الشافعي لكان أولى ، واستغنى عما قدرته في كلامه الجنية إن تصور رضاعها بناء على عدم صحة تناكحهم ، وهو الراجح كما مر ؛ لأن الرضاع تلو النسب بدليل « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » والله قطع النسب بين الجن والإنس ، قاله الزركشي ، وبالحية لبن الميتة فإنه لا يحرم ؛ لأنه من لبن جثة منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة ، وقيل : يحرم ، وبه قال الأئمة الثلاثة ؛ لأن المعنى الذي يقع به التحريم هو اللبن ، ولا يقال : مات اللبن بموتها ؛ لأن اللبن لا يموت ، غير أنه في ظرف ميت ، فهو كلبن آدمية حية جعل في سقاء طاهر أو نجس على القول بنجاسته ، وبحياة مستقرة من انتهت إلى حركة مذبوح ؛ لأنها كالميتة ، وبلغت إلى آخره ما إذا لم تبلغ ذلك ، فإن لبنها لا يحرم ، لأنه فرع الحمل ، والحمل لا يتأتى فيما دون ذلك ، فكذا فرعه بخلاف من بلغت ذلك وإن لم يحكم ببلوغها كما مر ، فاحتمال البلوغ قائم ، والرضاع تلو النسب كما مر فاكتفي فيه بالاحتمال .

تنبيه : أفهم اقتصاره على ما ذكر أنه لا يشترط الثيوبة ، وهو الأصح المنصوص وقيل : يشترط ، لأن لبن البكر نادر فأشبه لبن الرجل (ولو حلبت) لبنها قبل موتها وفيها حياة مستقرة (فأوجر) بضم أوله طفل (بعد موتها حرم في الأصح) لانفصاله منها وهو حلال محترم ، كذا عللوا به ، وهو يقتضي أنه بعد الموت ليس بحلال ، ولكن معناه : أنه لا حرمة له وإلا فهو حلال بعد موتها أيضًا كما مر في باب النجاسة وصورة المسألة أن ترضعه أربع رضعات في الحياة ثم تحلب شيئًا فيوجر بعد موتها ، أو تحلب في خمس آنية ثم يوجر بعد موتها في خمس دفعات فإنه يحرم كما سيأتي . والثاني : لا يحرم لبعد إثبات الأمومة بعد الموت .

تنبيه : قوله : « حرم » بحاء وراء مشددة مفتوحتين هنا وفيما بعد ، وقوله في الأصح مخالف لتعبير الروضة بالصحيح المنصوص . ثم شرع في الركن الثاني وهو اللبن ، ولا يشترط بقاء اسمه لبنًا فقال : (ولو جبن) أو جعل منه أقط (أو نزع منه زبد) أو عجن به دقيق وأطعم الطفل من ذلك (حرم) لحصول التغذي به .

تنبيه : عبارته صادقة بإطعام الزبد نفسه وباللبن الذي نزع زبده ، وكل منهما محرم (ولو خلط) اللبن (بمائع) طاهر كماء أو نجس خمر (حرم إن غلب) بفتح الغين المعجمة على المائع بظهور أحد صفاته من طعم أو لون أو ريح ، إذ المغلوب كالمعدوم ، وسواء أشرب الكل أم البعض . (فإن غلب) بضم أوله بأن زالت أوصافه الثلاثة حسًّا وتقديرًا (وشرب) الرضيع (الكل) حرم (قيل : أو) شرب (البعض حرم) أيضًا (في الأظهر) لوصول اللبن إلى الجوف ، وليس كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير حيث لا يؤثر ، فإنها تجتنب للاستقذار وهو مندرج بالكثرة ، ولا كالخمر المستهلكة في غيرها حيث لا يتعلق بها حد ، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل . والثاني : لا يحرم لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم ، والأصح أن شرب البعض لا يحرم لانتفاء تحقق وصول اللبن منه إلى الجوف ، فإن تحقق كأن بقي من المخلوط أقل من قدر اللبن حرم جزمًا . =

= تنبيه : يشترط كون اللبن قدرًا يمكن أن يسقى منه خمس دفعًا لو انفرد كما حكياه عن السرخسي وأقراه ، ومحل الخلاف . ما إذا شرب من المختلط خمس دفعات أو كان حلب في خمس آنية كما مر أو شرب منه دفعة بعد أن سقي اللبن الصرف أربعًا ، فإن زالت الأوصاف الثلاثة اعتبر قدر اللبن بماء له لون قوي يستولي على الخليط ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم وإلا فلا ، وقد يفهم تقييده بالمائع أن خلطه بالجامد لا يحرم ، وليس مرادًا ، فقد مر أنه عجن به دقيق يحرم ، وسكت عن استواء الأمرين ، وحكمه يؤخذ من الثانية بطريق الأولى ، ولبن المرأتين المختلط يثبت أمومتهما ، وفي المغلوب من اللبنين التفصيل المذكور فيثبت الأمومة الغالبة اللبن ، وكذا لمغلوبته بشرطه السابق ، ولا يضر في التحريم غلبة الريق لقطرة اللبن الموضوعة في الفم إلحاقًا له بالرطوبات في المعدة (ويحرم) براء مشددة مكسورة (إيجار) وهو صب اللبن في الحلق لحصول التغذية به كالارتضاع .

تنبيه : قضية إطلاقه التحريم بمجاوزة اللبن الحلق وإن لم يصل المعدة كما يفطر بمثله الصائم ، وليس مرادًا فقد اعتبر في المحرر الوصول إلى المعدة ، وجريا عليه في الشرح والروضة ، فلو تقايأه قبل وصوله إليها لم يحرم (وكذا إسعاط) وهو صب اللبن في الأنف ليصل الدماغ يحرم أيضًا (على المذهب) لحصول التغذي بذلك ، لأن الدماغ جوف له كالمعدة ، والطريق الثاني فيه قولان كالحقنة المذكورة في قوله (لا حقنة) وهي ما يدخل في الدبر أو القبل من دواء فلا يحرم (في الأظهر) لانتفاء التغذي ؛ لأنها لإسهال ما انعقد في المعدة ، والثاني : تحرم كما يحصل بها الفطر ، ودفع بأن الفطر يتعلق بالوصول إلى جوف وإن لم يكن معدة ولا دماغًا بخلافه هنا ، ولهذا لم يحرم التقطير في الأذن أو الجراحة إذا لم يصل إلى المعدة ، ولابد أن يكون من منفذ مفتوح فلا يحرم وصوله إلى جوف أو معدة بصبه في العين بواسطة المسام » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٧٥/٤ - ١٧٨) : « ولما كان الرضاع محرمًا لما حرمه النسب ومندرجًا فيه حيث ذكر كقوله وحرم أصوله وفصوله وما ذكر بعد ؛ شرع في بيان شروطه وما يتعلق بها فقال (باب) مسائل الرضاع وبيان ما يحرم وما لا يحرم وهو بفتح الراء وكسرها مع التاء وتركها وأنكر الأصمعي الكسر معها وهو من باب سمع وعند أهل نجد من باب ضرب والمرأة مرضع إذا كان لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاعه قيل مرضعة ، ويقال : لبن ولبان لبنات آدم وغيره ، وأنكر أهل اللغة لبن في بنات آدم والأحاديث على خلافه ابن عرفة الرضاع عرفًا وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر لتحريمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع . وقوله « عرفًا » خصص هذا المحدود بذلك مع أنه يحد الحقائق الشرعية إشارة إلى أن الرضاع غلب في المعهود بين الناس وهو ضم الشفتين على محل خروج اللبن من ثدي لطلب خروجه لكن الفقهاء حيث حكموا بأن الحقنة والسعوط يقع التحريم بهما دل ذلك على أن الرضاع عرفًا شرعيًا صادق عليهما ، وأورد الشيخ بأن رضاع الكبير لا يحرّم ، وأجاب بأن المحدود ما صدق عليه أنه رضاع وكونه لا يحرم أو يحرم أمر آخر فالمحدود ماهية الرضاع بما هي لا أفرادها وانظر قول ابن عرفة لمحل مظنة غذاء آخر مع قول المؤلف الآتي في الحقنة تكون غذاء فيما يأتي والأصل في تحريم الرضاع قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ وقوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقوله : «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » ففيه بيان للآية وزيادة . وأن التحريم ليس مقصورًا على المباشرة وإلى ذلك =

= أشار المؤلف بقوله حصول لبن امرأة يعني أن حصول لبن المرأة سواء كانت مسلمة أو كافرة صغيرة لا يوطأ مثلها أو كبيرة حية أو ميتة تحقق أن في ثديها لبنًا حال المص لا إن شك ، متزوجة أو غير متزوجة ولو خنثى مشكلًا في جوف الصغير المرضع ينشر الحرمة كما ينشرها النسب وسواء وصل إلى جوف الرضيع بوجور أو سعوط ويأتي تفسيرهما ويأتي محترزات القيود وبالغ بقوله (وإن ميتة) دب الطفل فرضعها وتحقق أن في ثديها لبنًا حال المصّ .

وكذا إن شك عند ابن ناجي خلافًا لابن راشد وابن عبد السلام أو حلب منها على المشهور لرد ما حكاه ابن شاس وغيره من القول الشاذ بعدم تحريمه لأن الحرمة لا تقع بغير المباح والجواب عن مفهوم قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ أنه خرج مخرج الغالب والمراد بالمرأة الآدمية فلبن الجنية لا ينشر الحرمة وصغيرة معطوف على ميتة وتقيد بمن لا تطيق الوطء حتى تكون داخلة في حيز المبالغة لأنها محل الخلاف إذ لبن المطيقة للوطء ينشرها اتفاقًا .

بوجور أو سعوط أو حقنة الباء باء الآلة أي أو كانت الآلة الموصلة لجوف الرضيع وجورًا بفتح الواو ما يدخل في وسط الفم أو ما صب في الحلق وفعله وجر وأوجر أو سعوطًا بفتح أوله ما صب من الأنف أو لدودًا ما صب من جانب الشدق ، ولديدا الوادي : جانباه أو حقنة وهي دواء يصب في الدبر يصعد إلى الجوف فإذا وصل لبن المرأة إلى جوف الرضيع بأحد هذه الوجوه فإنه ينشر الحرمة ثم إن مسألة الوجور تفهم من مسألة السعوط بالأولى فلو حذفها ما ضره . ثم إن قول المؤلف تكون غذاء بكسر الغين وبالذال المعجمة ما يتغذى به من الطعام يقال غذوت الصبي بالواو لا غذيته بالياء رجعه الشراح للثلاثة وغيرهم للحقنة فقط ، ومعنى كونها غذاء : أن تصل إلى محل الغذاء ، ولا يشترط الغذاء بالفعل ؛ لأن المصة الواحدة تحرم وهي لا تكون غذاء ، وهذا هو قول ابن عرفة لمظنة غذاء آخر كان في نفسه غذاء أولًا خلافًا لابن عبد السلام ، أو يقال على حمل الغذاء بالفعل لا ينافي كلام ابن عرفة لإمكان حمل كلام ابن عرفة على ما وصل للجوف بغير الحقنة ، ويدل لذلك قول بعض الشراح ولم يشترط المؤلف في اللبن الذي يصل إلى جوف الرضيع أن يكون غذاء كما اشترط ذلك في الحقنة لكونه أقرب إلى مخرج الطعام من الحقنة .

أو خلط لا غلب أي وكذلك يحرم ما وصل إلى الجوف من اللبن ولو خلط بغيره من ماء أو عقاقير كعنزروت أو مر أو طعام إن كان اللبن مساويًا أو غالبًا لا إن غلب بغيره فلا يحرم على الأصح وهو قول ابن القاسم خلافًا للأخوين وبعبارة أو خلط بغير جنسه لا بلبن امرأة أخرى فإنه ينشر الحرمة مطلقًا أي كان مساويًا أو غالبًا أو مغلوبًا . وقوله (ولا كماء أصفر) أي ولا إن لم يكن الواصل إلى جوف الرضيع لبنًا بل كماء أصفر أو غيره مما ليس بلبن ولو خرج من الثدي معطوف على لبن فهو محترزه كما أن قوله (وبهيمة) محترز امرأة معطوف عليها والكاف مقدرة فيه وفيما بعده فلو رضع صبي وصبية عليها لم يحرم تناكحهما اتفاقًا وفي معناه ما أدخلته الكاف الرجل إذا در ثديه . وقوله (واكتحال به) معطوف على بوجور فهو محترزه وما في معناه مما أدخلته الكاف المقدرة معه مثله مما يدخل من الأذن ومسام الرأس ونحو ذلك فهي معاطيف يفرق متبوعاتها ذهن السامع وقوله (محرم) أي ناشر للحرمة خبر حصول » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/١٣٩ - ١٤٢) : « مسألة ؛ قال الشافعي : (والسعوط كالرضاع ، =

= وكذلك الوجور) معنى السعوط : أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره . والوجور : أن يصب في حلقه صبًا من غير الثدي . واختلفت الرواية في التحريم بهما ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك ، كما يثبت بالرضاع . وهو قول الشعبي والثوري ، وأصحاب الرأي . وبه قال مالك في الوجور .
والثانية : لا يثبت بهما التحريم . وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط ؛ لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع ، فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه . ولنا ، ما روى ابن مسعود ، عن النبي ﷺ : « لا رضاع ، إلا ما أنشز العظم ، وأنبت اللحم » رواه أبو داود . ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع ؛ فيجب أن يساويه في التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم . فكان سبيلًا للتحريم ، كالرضاع بالفم .
وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع ، وهو خمس في الرواية المشهورة ، فإنه فرع على الرضاع ، فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور ، أو استعط أو أوجر ، وكمل الخمس برضاع ، ثبت التحريم ؛ لأنا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم ، فكذلك في إكمال العدد ، ولو حلبت في إناء دفعة واحدة ، ثم سقته غلامًا في خمسة أوقات ، فهو خمس رضعات ، فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات ، لكان قد أكل خمس أكلات . وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات ، ثم سقته دفعة واحدة كان رضعة واحدة ، كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ، ثم أكله دفعة واحدة ، كان أكلة واحدة . وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ما قلنا اعتبارًا لخروجه منها ؛ لأن الاعتبار بالرضاع ، والوجور فرعه . ولنا : أن الاعتبار بشرب الصبي له ؛ لأنه المحرم ، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ، ثم مجه ، لم يثبت التحريم ، فكان الاعتبار به ، وما وجد منه إلا دفعة واحدة ، فكان رضعة واحدة ، وإن سقته في أوقات ، فقد وجد في خمسة أوقات ، فكان خمس رضعات ، فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ؛ فظاهر قول الخرقي أنه رضعة واحدة ؛ لاعتباره خمس رضعات متفرقات ؛ ولأن المرجع في الرضعة إلى العرف ، وهم لا يعدون هذا رضعات ، فأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة ، فإنه لا يعد أكلات . ويحتمل أن يرجع على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع ، على ما قدمنا .
فصل : وإن عمل اللبن جبنًا ثم أطعمه الصبي ، ثبت به التحريم . وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة : لا يحرم به ؛ لزوال الاسم . وكذلك على الرواية التي تقول : لا يثبت التحريم بالوجور . لا يثبت هاهنا بطريق الأولى . ولنا : أنه واصل من الحلق ، يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .
فأما الحقنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ؛ أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم ، كالرضاع .
ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذي ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر في إحليله ؛ ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ؛ ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير =

١٩٤٣ - **الرضاع لغة** : شرب اللبن من الثدي أو الضرع .

وشرعًا : مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع .

١٩٤٤ - وسبب التحريم بالرضاع : هو الجزئية الناشئة من الغذاء باللبن كما أن علة الحرمة بالقرابة هي الجزئية . وقد اختلف العلماء في المقدار الموجب للتحريم فقال أبو حنيفة ومن وافقه : قليل اللبن وكثيره سواء في ثبوت الحرمة بالرضاع .

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [1] .

= الحلق ، أشبه ما لو وصل من جرح . مسألة : قال : (واللبن المشوب كالمحض) المشوب : المختلط بغيره . والمحض : الخالص الذي لا يخالطه سواه . وسوى الخرقي بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد ، أنه لا يحرم ؛ لأنه وجور . وحكي عن ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا . وهو قول أبي ثور ، والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به . ونحو هذا قول أصحاب الرأي ، وزادوا ، فقالوا : إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع . ووجه الأول ، أن اللبن متى كان ظاهرا ، فقد حصل شربه ، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم ، كما لو كان غالبًا ، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به ، لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذي ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكي عن القاضي ، أن التحريم يثبت به . وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهرًا .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا في معناه ، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه . فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيه الصبي ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ؛ لأنه لو شيب بماء أو عسل ، لم يخرج عن كونه رضاعا محرمًا ، فكذلك ، إذا شيب بلبن آخر . (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ؛ لأن اللبن لا يموت) المنصوص عن أحمد ، في رواية إبراهيم الحربي ، أنه ينشر الحرمة . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة . وتوقف عنه أحمد ، في رواية مهنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم . كلبن الرجل .

ولنا : أنه وجد الارتضاع ، على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة ، فأثبت التحريم ، كما لو كانت حية ؛ ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهذا لا أثر له ؛ فإن اللبن لا يموت ، والنجاسة لا تمنع ، كما لو حلب في وعاء نجس ؛ ولأنه لو حلب منها في حياتها ، فشربه بعد موتها ؛ لنشر الحرمة ، وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة ؛ لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ، ثم ماتت ، فشربه صبي ، نشر الحرمة . في قول كل من جعل الوجور محرمًا . وبه قال أبو ثور ، والشافعي وأصحاب الرأي ، وغيرهم ؛ وذلك لأنه لبن امرأة في حياتها ، فأشبه ما لو شربه وهي في الحياة » .

[1] النساء : ٢٣ .

وبقوله عليه الصلاة والسلام : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » [١] . من غير تقييد ، وبأنه مهما قل فقد نشأ منه جزء مناسب ، ولكن لما كان النمو بالرضاع أمرًا غير ظاهر ، أسند الحكم بالتحريم إلى سببه وهو الرضاع .

وقال الإمام الشافعي : المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات . واستدل على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « **خمس رضعات مشبعات يحرمن** » .

وهذا الحديث وإن كان يشهد له ، إلا أن الحنفية ومن وافقهم يقولون : إنه مضطرب وغير مشهور فلا يلاقي كتاب اللّٰه تعالى ، وحديث رسوله ﷺ ، ولذا قال ابن مسعود رضي الله عنه : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وكان ابن الزبير يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين . فقال عبد اللّٰه بن مسعود : قضاء اللّٰه خير من قضاء ابن الزبير ، قال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [٢] . وهذا مذهب علي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين .

١٩٤٥ - ومع كون الحنفية متفقين على أن قليل اللبن وكثيره سواء فقد اختلفوا في المدة التي يثبت فيها التحريم .

فقال أبو يوسف ومحمد ومعهما باقي الأئمة : الزمن الذي تثبت فيه الحرمة بالرضاع سنتان لقوله تعالى : ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ ﴾ [٣] . ولا زيادة بعد التمام ولقوله تعالى : ﴿ وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًاۚ ﴾ [٤] . ومعلوم أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ ﴾ [٥] . وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا رضاع بعد فصال ، ولا يتم بعد احتلام » [٦] .

وقال أبو حنيفة : الزمن الذي يكون فيه التحريم سنتان ونصف . واستدل على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًاۚ ﴾ [٧] ؛ لأن هذا أجل تعين لأمرين ، فيثبت لكل منهما كاملًا إلا أنه قام دليل التخصيص على زمن الحمل ، وهو ما روي عن عائشة أنها قالت : لا يمكث الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل .

فيبقى الأجل على عمومه في حق الثاني وهو الفصال ، ونظيره ما لو قال : أجلت

(١) سبق تخريجه .
(٢) النساء : ٢٣ .
(٣) البقرة : ٢٣٣ .
(٤) الأحقاف : ١٥ .
(٥) لقمان : ١٤ .
(٦) السنن الكبرى للبيهقي (٤/٤٦١) .
(٧) الأحقاف : ١٥ .

الدين الذي لي على أحمد والذي لي على محمد سنة .

فيفهم أن السنة بكمالها تثبت لكل منهما ، ولأنها بعد السنتين لا بد من زمن يتعود فيه الرضيع على الغذاء فقدر بأدنى مدة الحمل .

١٩٤٦ - وأما الأدلة الأخرى : فالمراد منها تعيين زمن استحقاقه الأجرة ، وبالتأمل يعلم أن دليل الصاحبين أقوى ؛ لأن تخصيص الأدلة بزمن الاستحقاق غير ظاهر لأنه تخصيص بلا مخصص بل المتبادر منها حكم الرضاع وحكم استحقاق الأجرة وحينئذ يكون قوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ (١) بيانًا لأقل مدة الحمل ومدة الفصال بدليل : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ (٢) .

١٩٤٧ - وهناك آراء أخرى أقل أهمية من هذين الرأيين فإن زفر قال : يثبت التحريم في مدة ثلاث سنين وتكون السنة الثالثة ليتعود الرضيع على الغذاء في الفصول الأربعة ؛ فإن كل فصل له غذاء خاص مثل السنة التي ضربت للعنين .

وقال بعضهم : يثبت التحريم مطلقًا سواء كان في الحولين أو بعدهما ؛ لإطلاق النص وهو قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ (٣) .

ولكن الأول ممن هذه الأقوال هو المعول عليه .

وينبني على ذلك : أنه إذا رضع الصبي من امرأة ولو بكرًا أو ميتة في زمن الحولين عند الصاحبين ، أو الحولين ونصف عند الإمام ثبت التحريم بذلك الإرضاع ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الولد محتاجًا إلى اللبن أو مستغنيًا عنه في زمن الحولين .

ويروى عن الإمام أنه إذا اكتفى الولد بالطعام واستغنى به عن اللبن ، فلا يثبت به التحريم .

١٩٤٨ - ويكفي في ثبوت التحريم : وصول القليل من اللبن ولو كان قطرة واحدة ؛ إلا أنه يشترط في ثبوت الحرمة العلم بوصول اللبن إلى جوف الرضيع من القناة الهضمية ، سواء كان الوصول بواسطة فمه مصًا أو إيجارًا - أي : إدخالًا - في فمه أو إسعاطًا من الأنف .

وعلى ذلك لو أن الصبي أخذ حلمة الثدي ولكن لم يعلم هل وصل اللبن في جوفه

---

(١) الأحقاف : ١٥ . (٢) لقمان : ١٤

(٣) النساء : ٢٣ .

أو لا ، لم يثبت التحريم ؛ لأن الأحكام تبنى على اليقين لا على الشك ، وكذا لا يثبت التحريم بالحقن باللبن ؛ لأنه لا يغذي عادة . وقال محمد ومالك : يثبت به التحريم كما يثبت به الإفطار لأنه مغذٍّ في الجملة .

١٩٤٩ - نعم لا يثبت التحريم بإدخال اللبن في الآمة وهي الجرح الذي يكون في الرأس ولا بالإقطار في الأذن والعين ، وفي الجائفة وهي الجرح الذي يكون في البطن اتفاقًا ؛ لأن اللبن بهذه الكيفية لا يكون مغذيًا .

(مادة ٣٧٥)

كُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلًا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى فِي مُدَّةِ الحَوْلَيْنِ ، ثَبَتَتْ أُمُومَتُهَا لَهُ وَبُنُوَّتُهُ لِلرَّجُلِ الَّذِي نَزَلَ اللَّبَنُ بِوَطْئِهِ ، سَوَاءٌ وَطِئَهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ . وَتَثْبُتُ أُخُوَّتُهُ : لأَوْلَادِ المُرْضِعَةِ الَّذِينَ وَلَدَتْهُمْ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، أَوْ أَرْضَعَتْهُمْ قَبْلَ إِرْضَاعِهِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَلأَوْلَادِ الرَّجُلِ المَوْلُودِينَ مِنْ صُلْبِهِ مِنْ غَيْرِ هَذِهِ المُرْضِعَةِ ، وَلأَوْلَادِهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣٤٣/١) : « يحرم على الرضيع أبواه من الرضاع وأصولهما وفروعهما من النسب والرضاع جميعًا حتى أن المرضعة لو ولدت من هذا الرجل أو غيره قبل هذا الإرضاع أو بعده أو أرضعت رضيعًا أو ولدًا لهذا الرجل من غير هذه المرأة قبل هذا الإرضاع أو بعده أو أرضعت امرأة من لبنه رضيعًا فالكل إخوة الرضيع وأخواته وأولادهم أولاد إخوته وأخواته وأخو الرجل عمه وأخته عمته وأخو المرضعة خاله وأختها خالته وكذا في الجد والجدة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤١٨/٣) : « وتحريمه يتعلق بالمرضعة والفحل ذي اللبن ثم تسري الحرمة منهم إلى غيرهم (فتحرم المرضعة على الطفل) الرضيع (لأنها أمه وآباؤها وأمهاتها من النسب والرضاع أجداده وجداته) فإن كان أنثى حرم على الأجداد نكاحها أو ذكرًا حرم عليه نكاح الجدات (والفروع كفروع النسب) فأولادها من نسب أو رضاع إخوته ، وأخواته وإخوتها ، وأخواتها من نسب أو رضاع أخواله وخالاته ، فيحرم التناكح بينه وبينهم ، وكذا بينه وبين أولاد الأولاد بخلاف أولاد الإخوة والأخوات ؛ لأنهم أولاد أخواله وخالاته فالمراد بالفروع ما يشمل الحواشي (فإن نزل اللبن) من امرأة (على ولد منسوب) لشخص (ولو من) وطء (شبهة فأبوه أبو الرضيع) وجده جده وعمه عمه وابنه ابن أخيه ، ويشترط في حرمة الرضاع في حق من ينسب إليه الولد إقراره بالوطء ، قاله ابن القاص ، ومثله : استدخال المني فإن لم يكن ذلك ولحقه الولد بمجرد الإمكان لم تثبت الحرمة ، وظاهر كلام الجمهور يخالفه (وله) أي للرضيع (مع سائر أصوله وفروعه حكم ابن النسب) الأولى حكم ولد النسب مع سائر فروعه وأصوله في =

= التحريم (إلا أنه يجوز لأبيه أن يتزوج بنات المرضعة) ، وإن كن أخوات ولده (وأمهاتها) ، وإن كن جدات ولده (ولأخيه أن ينكح المرضعة) وبناتها وأمهاتها (بخلاف) نظير ذلك في (النسب) لا يجوز فيه ذلك (والعلة هناك المصاهرة) أي وجودها ، وهي منفية هنا . وبما تقرر علم أن حرمة الرضيع تنتشر منه إلى فروعه من الرضاع والنسب لا إلى أصوله وحواشيه ، وأن حرمتي المرضعة والفحل تنتشران إلى الجميع . (فرع : لا حرمة للبن الزاني) فلا يحرم عليه أن ينكح الصغيرة المرتضعة من ذلك اللبن (و) لكن (يكره له نكاح بنته منه) أي من لبنه كما يكره له نكاح من خلقت من مائه خروجًا من خلاف من حرمه » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥٥/٢ ، ٥٦) : « (ومن أرضعت) من الآدميات (صبيًّا) لم يستغن عن اللبن . (فبنات تلك المرأة) ولو من زوج غير فحلها اليوم (وبنات فحلها) اليوم الذي حصل فيه الرضاع بلبنه ولو من غير تلك المرأة المرضعة . (ما تقدم) على رضاعه (أو تأخر) عند الجميع (إخوة له) أي لهذا الصبي ، واعلم أن أصول التحريم بالرضاع ثلاثة : الرضيع ، والمرضعة ، وفحلها ، وإن كان الرضيع ذكرًا حرمت عليه لأنها أمه من الرضاع وجميع أقاربها إلا بنات إخوتها وأخواتها ؛ لأنهن بنات خالات وبنات أخوال ، وكذلك يحرم عليه جميع أقارب الزوج صاحب اللبن إلا بنات إخوته وأخواته لأنهن بنات أعمام وعمات ، وإن كان الرضيع أنثى حرمت على أقارب المرضعة إلا بني إخوتها وأخواتها ، وكذا تحرم على أقارب الزوج إلا على بني إخوته وأخواته ، وتحرم الرضيعة على صاحب اللبن وما تناسل منها ؛ لأنها بنته ، وما يتناسل منها حفدة ، ومن الأصول الثلاثة تنتشر الحرمة إلى الأطراف ، ثم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، **بيانه** : إذا حرمت المرضعة على الرضيع حرمت عليه أمهاتها نسبًا ورضاعًا لأنهن جدات ، وأخواتها نسبًا ورضاعًا ، وأولادها من الجهتين إخوة ، وكذلك أولاد الإخوة ، وكذلك أولاد الرضيع أحفاد المرضعة ، ولا تحرم المرضعة على أبي الرضيع ولا على أخيه ، وكذلك زوج المرضعة أو المرتضع ، وأبوه جده ، وأخوه عم ، وولده أخ ، وعلى هذا القياس ، ولا يعتبر في لبن الفحل أن يكون من وطء حلال ولو من حرام لا يلحق الولد منه بصاحبه خلافًا لظاهر كلام خليل .

(**تنبيهان**) **الأول** : ظاهر المصنف أن الرضيع يصير أخًا لأولاد فحل المرضعة ، ولو كان رضع عليها قبل أن يتزوجها ذلك الفحل وليس كذلك ، بل لا يكون أخًا لبنات ذلك الفحل من الرضاع إلا إذا كان قد وطئ المرضعة وأنزل قبل الإرضاع حتى يصدق عليه أنه شرب من لبن ذلك الفحل ، وأما لو رضع عليه قبل نكاحه إياها ثم عقد عليها بعد انقطاع الرضاع فلا تكون بناته أخوات له لأنه لم يشرب من لبنه حتى يكون ابنًا له ، كما هو معلوم من قولهم : يجوز للربيب أن يتزوج ببنت امرأة أبيه من رجل غيره حيث شرطوا عدم رضاعها من لبن أبيه بأن فطمت قبل نكاح أبيه لأمها .

الثاني : قول المصنف : ومن أرضع كان مقتضى الظاهر أن يقول : أرضعت بالتاء ؛ لأن الفاعل ضمير المؤنث ، وقال في الخلاصة : وإنما تلزم فعل مضمر متصل أو مفهم ذات حر . والجواب : أنه ذكر الضمير نظرًا إلى لفظ من فاته يجوز مراعاة لفظها كما في قوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ ﴾ إذ لو راعى المعنى لقال : ومن تقنت لأن التاء مع المضارع كالتاء مع الماضي في اللزوم ، وقوله : « فبناتها وبنات فحلها إخوة » ، كان الواجب أن يقول : أخوات لأنه جمع أخت وإخوة جمع أخ المذكور ، وجوابه : أنه راعى لفظ ما من قوله ما تقدم فإنه =

= مفرد مذكر ، ولما كان يتوهم من كون بناتها أخوات للرضيع وعدم حلهن لإخوته قال : (و) يجوز (لأخيه) أي ذلك الصبي نسبًا (نكاح بناتها) لأن الذي يقدر ولدًا للمرضعة خصوص الرضيع . قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولدًا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه ، فكأنه حاصل من بطنها ومن ظهره وفروعه كهو فتحرم عليه المرضعة وأمهاتها وبناتها وعماتها وخالاتها كما تحرم على فصوله ، ولا تحرم على أصوله ولا على إخوته ، ويستمر كل من رضَع ولدًا لصاحب اللبن لانقطاعه وإن بعد سنين واشترك مع القديم ، **فالحاصل** : أن أصول الرضيع مع النسب ، وكذلك إخوته أجانب في تلك المرضعة فتحل لهن . قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولدا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين فمحترز خاصة أصوله وإخوته ، وأما فصوله فلم يحترز بخاصة عنها بل هم مثله في الحرمة كما ذكرنا .

(**تتمتان**) **الأولى** : لم يذكر المصنف ما يثبت به الرضاع ، وبينه خليل بقوله : ويثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل العقد ، سواء كانتا أجنبيتين أو أمهاتهما ، قاله أبو الحسن شارح المدونة ، لا بامرأة ولو فشا ولو كانت عدلة ، ولا فرق بين كون الرضاع حصل في زمن إسلام المرأة أو كفرها . قال خليل : ورضاع الكفر معتبر ، فلا يحل لمن رضع على كافرة أن يتزوج بأولادها ولو بعد إسلامهن . **الثانية** : الرضاع على الخنثى المشكل محرم ، كما أن الشك في وصول اللبن إلى جوف الرضيع محرم كما عند ابن ناجي وتبعه الحطاب والسنهوري » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤١/٨ ، ١٤٢) : « (وإذا حلبت ممن يلحق نسب ولدها به ، فثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلًا خمس رضعات متفرقات ، في حولين ، حرمت عليه ، وبناتها من أبي هذا الحمل ، ومن غيره ، وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها . وإن أرضعت صبية ، فقد صارت ابنة لها ولزوجها ؛ لأن اللبن من الحمل الذي هو منه) وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلًا رضاعًا محرمًا ، صار الطفل المرتضع ابنًا للمرضعة ، بغير خلاف ، وصار أيضًا ابنًا لمن ينسب الحمل إليه ، فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابنًا لهما ، وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما ، وإن نزلت درجتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره ، وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها ، إخوة المرتضع ، وأخواته ، وأولاد أولادها أولاد إخوته وأخواته ، وإن نزلت درجتهم ، وأم المرضعة جدته وأبوها جده ، وإخوتها أخواله ، وأخواتها خالاته ، وأبو الرجل جده ، وأمه جدته ، وإخوته أعمامه ، وأخواته عماته ، وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ؛ لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة ، فنشر التحريم إليهما ، ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه ، وهو الذي يسمى لبن الفحل .

وفي التحريم به اختلاف ، ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه ، والجمع بينه ، والحجة القاطعة فيه ، ما روت عائشة : أن أفلح أخا أبي القعيس ، استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس . فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ﷺ إن الرجل ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعتني امرأته . قال : « ائذني له ؛ فإنه عمك ، تربت يمينك » . قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : حرموا من الرضاع ما يحرم من =

١٩٥٠ - فإذا علمنا أن الرضاع محرم ، ظهر لنا جليًا أن المرأة إذا أرضعت صبيًا في المدة المحددة للتحريم سواء كانت سنتين على قول الصاحبين ، أو سنتين ونصفًا على قول الإمام صارت أمه من الرضاع فيحرم عليهما التزوج ببعضهما .

١٩٥١ - ولو كان للمرأة زوج ونزل لها اللبن بواسطته ؛ صار ذلك الزوج أبًا للرضيع سواء كان عقد الزواج صحيحًا أو فاسدًا .

١٩٥٢ - وإن نزل اللبن بسبب وطء بشبهة ؛ فإما أن تكون الشبهة معتبرة ومسقطة للحد أو غير معتبرة .

فإن كانت معتبرة وأرضعت المرأة بنتًا من هذا اللبن ؛ صار ذلك الرجل أبًا لها فلا يجوز له تزوجها .

١٩٥٣ - وإن كانت الشبهة غير معتبرة بأن عقد على امرأة محرمة عليه تأبيدًا وهو يعلم الحرمة ؛ يكون حكم هذا اللبن حكم لبن نزل بسبب الزنى .

وقد اختلف العلماء في حكمه ، فقال بعضهم : إنه كالحلال بالنسبة لأصول الزاني وفروعه ، فإذا أرضعت المرأة بنتًا ؛ حرمت على الزاني وآبائه ، ولا تحرم على غير هؤلاء . فلعم الزاني أن يتزوجها كما يجوز له أن يتزوج الزانية .

وقال بعضهم : إن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب ، والظاهر أن الأول أوجه ؛ لأن ماء الرجل له دخل في وجود لبن المرأة مثل تلقيح النخيل ، فهو مخصب له فيضاف إليه أيضا.

١٩٥٤ - وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأمه وأبيه يثبت بين الرضيع وأولاد المرضعة سواء كانوا أولادًا للرجل الذي نزل بسببه اللبن ؛ وحينئذٍ يكون الرضيع وهؤلاء الأولاد

= النسب . متفق عليه . وسئل ابن عباس ، عن رجل تزوج امرأتين ، فأرضعت إحداهما جارية ، والأخرى غلامًا ، هل يتزوج الغلام الجارية ، فقال : لا ، اللقاح واحد . قال مالك : اختلف قديمًا في الرضاعة من قبل الأب ، ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم ؛ منهم محمد بن المنكدر ، وابن أبي حبيبة ، فاستفتوا في ذلك ، فاختلف عليهم ، ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع : فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ، ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه ، كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع ، ولا أخيه ، ولا عمه ، ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ، ولا أخته ، ولا عمته ، ولا خالته ، ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة ، وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ، ليس بينهما رضاع ولا نسب ، وإنما الرضاع بين الجارية وأخته » .

إخوة أشقاء من الرضاع ، أو كانوا من المرأة دون الرجل ؛ وحينئذٍ يكونون إخوة لأم ، أو كانوا من الرجل الذي نزل بواسطته دون المرأة ؛ وحينئذٍ يكونون إخوة لأب من الرضاع .

١٩٥٥ - ولا يشترط في ثبوت التحريم بالرضاع كونهم في زمن واحد بل كل من رضع من امرأة صار أخا لأولادها سواء ولدوا في الماضي أو في المستقبل وصاروا إخوة لأبناء الرجل الذي هو سبب في نزول اللبن ، أي : أن اختلاف الزمن لا ينفى التحريم بل المدار في ثبوت الحرمة على الاجتماع على ثدي واحد وإن تغايرت الأوقات كما أن المدار في ثبوت أبوة الرجل للأولاد الذين رضعوا كونه سببًا في وجود اللبن الذي ارتضعوه ، وإن اختلف الزمن .

١٩٥٦ - فلو أن رجلًا تزوج امرأة ثم ولدت منه وأرضعت غلامًا ، ثم بعد عشر سنين حملت منه ثانيًا ، ثم ولدت بنتًا وأرضعت أخرى ؛ فالبنتان أختان للغلام الذي رضع منها منذ عشر سنين ، وكذا لو كان لرجل امرأتان فولدت أحدهما وأرضعت بنتًا ، ثم بعد خمس عشرة سنة ولدت الأخرى ولدًا وأرضعت معه ولدًا آخر ؛ فالولدان أخوان للبنت التي رضعت من المرأة الأولى .

١٩٥٧ - وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأولاد الرجل والمرضعة من النسب يثبت أيضًا بينه وبين أولادهما من الرضاع .

١٩٥٨ - وفي ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل عند الشافعي رأيان :

أحدهما : أنه لا حرمة بين الرضيع والرجل الذي نزل اللبن بواسطته ؛ لأن اللبن الذي تغذى به الولد جزء للمرأة المرضعة لا جزء للرجل .

وثانيهما : أن الحرمة ثابتة وهو الأرجح عملًا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضع ما يحرم من النسب » (١) .

(مادة ٣٧٦)

« يَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ » وَالْمُصَاهَرَةِ .

فَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُصُولَهُ ، وَفُرُوعَهُ مِنَ الرَّضَاعِ ، وَأُخْتَهُ الشَّقِيقَةَ رَضَاعًا ، وَأُخْتَهُ مِنْ أَبِيهِ ، وَأُخْتَهُ مِنْ أُمِّهِ ، وَبِنْتَ أُخْتِهِ ، وَعَمَّتَهُ ، وَخَالَتَهُ ، وَحَلِيلَةَ ابْنِهِ رَضَاعًا ، وَحَلِيلَةَ أَبِيهِ كَذَلِكَ وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا .

---

(١) سبق تخريجه .

وَيَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنَ الرَّضَاعِ : أُمَّ أَخِيهِ ، وَأُمَّ أُخْتِهِ ، وَأُخْتَ ابْنِهِ، وَأُخْتَ بِنْتِهِ ، وَجَدَّةَ ابْنِهِ ، وَجَدَّةَ بِنْتِهِ ، وَأُمَّ عَمِّهِ ، وَأُمَّ عَمَّتِهِ ، وَأُمَّ خَالِهِ ، وَأُمَّ خَالَتِهِ ، وَعَمَّةَ بِنْتِهِ ، وَبِنْتَ عَمَّةِ ابْنِهِ، وَبِنْتَ عَمَّةِ بِنْتِهِ ، وَبِنْتَ أُخْتِ ابْنِهِ ، وَبِنْتَ أُخْتِ بِنْتِهِ ، وَأُمَّ وَلَدِ ابْنِهِ، وَأُمَّ وَلَدِ بِنْتِهِ ، وَأُخْتَ أَخِيهِ ، وَأُخْتَ أُخْتِهِ .

وَيَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ مِنَ الرَّضَاعِ : أَبُو أَخِيهَا ، وَأَخُو ابْنِهَا ، وَجَدُّ ابْنِهَا ، وَأَبُو عَمَّتِهَا ، وَأَبُو خَالِهَا ، وَخَالُ وَلَدِهَا ، وَابْنُ خَالَةِ وَلَدِهَا، وَابْنُ أُخْتِ وَلَدِهَا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢/٤ - ٦) : « المحرمات نكاحًا على التأبيد أنواع ثلاثة : محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالصهرية ، ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع : أحدها في بيان المحرمات بالرضاع ، والثاني : في بيان صفة الرضاع المحرم ، والثالث : في بيان ما يثبت به الرضاع .
(فصل) : أما الأول : فالأصل أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله ﷻ في كتابه الكريم نصًّا أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح ؛ يحرم بسبب الرضاعة إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها ، وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها . أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على المرضع ؛ لأنها صارت أمًّا له بالرضاع فتحرم عليه لقوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ معطوفًا على قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ فسمى ﷻ المرضعة أم المرضع وحرمها عليه .
وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر ؛ لأنهن أخواته من الرضاعة وقد قال الله ﷻ : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ أثبت الله تعالى الأخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقًا من غير فصل بين أخت وأخت ، وكذا بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن ؛ لأنهن بنات أخ المرضع وأخته من الرضاعة ، وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة . ولو أرضعت امرأة صغيرين من أولاد الأجانب صارا أخوين ؛ لكونهما من أولاد المرضعة ، فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما أنثى .
والأصل في ذلك : أن كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد صارا أخوين أو أختين أو أخًا وأختًا من الرضاعة ، فلا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب ، وأمهات المرضعة يحرمن على المرضع ؛ لأنهن جداته من قبل أمه من الرضاعة وآباء المرضعة أجداد المرضع من الرضاعة ؛ فيحرم عليهم كما في النسب . وأخوات المرضعة يحرمن على المرضع ؛ لأنهن خالاته من الرضاعة وإخوتها أخوال المرضع ، فيحرم عليهم كما في النسب . فأما بنات إخوة المرضعة وأخواتها فلا يحرمن على المرضع ؛ لأنهن بنات أخواله وخالاته من الرضاعة وأنهن لا يحرمن من النسب ، فكذا من الرضاعة . وتحرم المرضعة على أبناء المرضع وأبناء أبنائه وإن سفلوا كما في النسب ؛ هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة . والأصل في هذه الجملة : قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فيجب العمل بعمومه إلا ما خص بدليل . وأما الحرمة في جانب =

= **زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن** : فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﷺ ، وروي عن رافع بن خديج ﷺ أنه قال : لا تثبت ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل أنه هل يحرم أو لا ؟
وتفسير تحريم لبن الفحل : أن المرضعة تحرم على زوج المرضعة ؛ لأنها بنته من الرضاع وكذا على أبنائه الذين من غير المرضعة ؛ لأنهم إخوتها لأب من الرضاعة ، وكذا على أبناء أبنائه وأبناء بناته من غير المرضعة ؛ لأنهم أبناء إخوة المرضعة وأخواتها لأب من الرضاعة . وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وأرضعت كل واحدة منهما صغيرًا أجنبيًا ؛ فقد صارا أخوين لأب من الرضاعة . فإن كان أحدهما أنثى فلا يجوز النكاح بينهما ؛ لأن الزوج أخوها لأبيها من الرضاعة ، وإن كانا أنثيين ؛ لا يجوز لرجل أن يجمع بينهما ؛ لأنهما أختان لأب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة ؛ لأنهم أجدادها من قبل الأب من الرضاعة وكذا على إخوته ؛ لأنهم أعمامها من الرضاعة وأخواته عمات المرضع فيحرمن عليه .
وأما أولاد إخوته وأخواته : فلا تحرم المناكحة بينهم ؛ لأنهم أولاد الأعمام والعمات . ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع . هذا تفسير لبن الفحل . احتج من قال : إنه لا يحرم بأن الله ﷻ بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه ؛ لبينها كما بين في النسب بقوله ﷻ : ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ ﴾ ولأن المحرم هو الإرضاع وإنه وجد منها لا منه فصارت بنتًا لها لا له ، والدليل عليه أنه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة ؛ لم تحرم عليه فإذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ؟ ولنا : الحديث المشهور وهو قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » روي أن عائشة ﷺ قالت : جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فأبيت أن آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال ﷺ : إنما هو عمك فأذني له ، فقلت : يا رسول الله ، إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال رسول الله ﷺ : « إنه عمك فليلج عليك » قالت عائشة ﷺ : وكان ذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب . أي : بعد أمر الله ﷻ النساء بالحجاب عن الأجانب . وقيل : كان الداخل عليك أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها ، وعن عمرة أن عائشة ﷺ أخبرتها أن رسول الله ﷺ كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة ، قالت عائشة : فقلت : يا رسول الله ، هذا رجل يستأذن في بيتك ، فقال : « أراه فلانًا » - لعم حفصة من الرضاعة - فقلت : يا رسول الله ، لو كان فلانًا حيًا - لعمي من الرضاعة - أكان يدخل عليّ ، فقال : « نعم إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » وعن علي ﷺ أنه قال : لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ، ولا امرأة أخيك ، ولا امرأة ابنك . وعن ابن عباس ﷺ : أنه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فأرضعت هذه غلامًا وهذه جارية : هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية ، فقال ﷺ : لا ، اللقاح واحد بين الحكم وأشار إلى المعنى وهو اتحاد اللقاح ؛ ولأن المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعًا ؛ فيجب أن يكون الرضاع منهما جميعًا كما كان الولد لهما جميعًا . وأما قولهم : إن الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها ؛ فنقول : إن لم يبينها نصًا فقد بينها دلالة ؛ وهذا لأن البيان من الله تعالى بطريقين : بيان إحاطة وبيان كفاية ، فبين في النسب بيان إحاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطًا للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال =

= بالمنصوص عليه على غيره وهو أن الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعًا ؛ فكان الرضاع منهما جميعًا وهذا ؛ لأن اللبن إنما يوجب الحرمة لأجل الجزئية والبعضية ؛ لأنه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ، ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعا ، وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم ؛ يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات احتياطًا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات أيضًا .
ألا ترى أن المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها ، وإن لم يكن تحريمها على جدها منصوصًا عليه في الكتاب العزيز ، لكن لما كان مبينًا بيان كفاية وهو أن البنت وإن حدثت من ماء الأب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الأب ، أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطًا ، كذا ههنا ، والدليل عليه : أنه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصًا ؛ لم يذكر بنات الإخوة والأخوات من الرضاعة نصًا ، وإنما ذكر الأخوات ثم ذكر لبنات الإخوة والأخوات دلالة حتى حرمن بالإجماع كذا ههنا . على أنه إن لم يبين بوحي متلوٍّ فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد خرج الجواب عن قولهم : إن الإرضاع وجد منها لما ذكرنا أنه وجد منهما ؛ لأن سبب حصول اللبن ماؤهما جميعًا فكان الإرضاع منهما جميعًا .
وأما الزوج إذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة ؛ فذاك لا يسمى رضاعًا عرفًا وعادة ، ومعنى الرضاع أيضًا لا يحصل به ؛ وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء ؛ لأنه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة ، والله ﷻ أعلم .
ثم إنما تثبت الحرمة من جانب الزوج إذا كان لها زوج ، فأما إذا لم يكن لها زوج بأن ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيًا ؛ فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني ؛ لأن نسبه يثبت منها لا من الزاني . والأصل : أن كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع ، وكذا البكر إذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط ؛ فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق . وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الأربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح - يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب إلا أن الأم تحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحًا ، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم كما في النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وإن علون أو بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن من الرضاع كما في النسب ، وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن سفل على أب الرضاع وأب أبيه وإن علا كما في النسب ، وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وإن علا على ابن الرضاع وابن ابنه وإن سفل كما في النسب ، وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ . وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وإن علوا ، وعلى أبناء أبنائه وإن سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالًا بأن كان بملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح ، أو كان بزنا عندنا .
وعند الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسألة قد مرت في كتاب النكاح .
ثم قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مجرى على عمومه إلا في مسألتين : إحداهما أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج بأخت ابنه من النسب لأمه وهو أن يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج =

١٩٥٩ - ومن هذا الحديث يظهر لنا أن كل من يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع .

وينبني على ذلك : أنه لا يجوز للرضيع أن يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع فلا يحل لمن رضع من امرأة أن يتزوجها ولا يتزوج أمها ولا أم أبيها ولا كل امرأة هي أصل له رضاعًا ، كما يحرم عليه ذلك نسبًا ، وكذا لا يحل لصاحب اللبن أن يتزوج الصبية التي رضعت من امرأته لأنها بنته .

١٩٦٠ - ولا يجوز له أيضًا أن يتزوج بنت ابنه رضاعًا ، أو بنت بنته كذلك ، وكذا لا يجوز لرجل أن يتزوج أخته من الرضاع سواء كانت شقيقة بأن رضعا من امرأة وكان سبب اللبن الذي رضعا منه واحدًا أو كانت أختًا له لأب بأن رضع الصبي من امرأة ورضعت صبية من امرأة أخرى كان سبب نزول اللبن لهما رجلًا واحدًا بأن كان زوجًا لهما أو كانت أختًا له من الأم بأن أرضعت امرأة غلامًا ثم طلقت من زوجها وتزوجت بآخر فولدت منه وأرضعت بنتًا من اللبن الذي تسبب في وجوده عندها الزوج الثاني .

١٩٦١ - وكذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بنت أخته رضاعًا كما يحرم عليه ذلك نسبًا وتحرم عليه عمته رضاعًا سواء كانت عمة شقيقة بأن كانت تلك العمة أخت أبيه رضاعا لأب وأم أو كانت عمة لأب بأن كانت أخت أبيه رضاعًا لأب أو كانت عمة له لأم بأن كانت أختًا لأبيه رضاعا لأم كما سبق ، ويحرم أيضًا على الرجل خالته رضاعًا أي أخت أمه رضاعًا شقيقة كانت أو لأب أو لأم وهو واضح .

= آخر كان لها ، ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو أن يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته ؛ لأن المانع من الجواز في النسب كون أم الأخت موطوءة الزوج ؛ لأن أمها إذا كانت موطوءة ؛ كانت هي بنت الموطوءة ، وإنها حرام ، وهذا لم يوجد في الرضاع ، ولو وجد ؛ لا يجوز كما لا يجوز في النسب . والثانية : أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أم أخته من النسب لأبيه وهو أن يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه ؛ لا يجوز له أن يتزوج أم هذه الأخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، وهو أن يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب ؛ لأن المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه ، وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد ؛ لا يجوز كما في النسب . ويجوز للرجل أن يتزوج أخت أخيه لأبيه من النسب وصورته منكوحة أبيه إذا ولدت ابنًا ولها بنت من زوج آخر ؛ فهي أخت أخيه لأبيه فيجوز له أن يتزوجها ، وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ، ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب ؛ لأن المرضع ابنه ، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة ؛ لأنها أم ابنه من الرضاع فهي كأم ابنه من النسب ، وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه » .

١٩٦٢ - وليست حرمة الرضاع قاصرة على ما يحرم من النسب ، بل يشمل ما يحرم بالمصاهرة أيضًا فكما يحرم على الإنسان أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه نسبًا كذلك لا يجوز له أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه رضاعًا وظاهر أن حكم التحريم غير مفهوم من حديث : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » (١) .

بل حكمه مستفاد من قوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ (٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ (٣) . فكما أن حرمة زوجة الابن ثابتة بقوله تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ (٤) .

١٩٦٣ - كذلك حرمة زوجة الابن رضاعًا ثابتة بهذه الآية لأن ذكر الأصلاب ليس لإخراج غير زوجة الابن النسبي ، بل إنما ذكر لإخراج زوجة المتبنى لا غير فتبقى شاملة للابن رضاعًا أيضًا .

١٩٦٤ - وكما أن حكم حرمة زوجة الآباء مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ (٥) .

١٩٦٥ - فكذا حكم تحريم زوجة الأب رضاعًا ؛ لأن الأب رضاعًا يسمى أبًا شرعًا ولأن الشارع جعل بينهما رابطة قوية بسبب الرضاع حتى سمى أحدهما أبًا والآخر ابنًا فلا ينبغي قطع تلك الرابطة بتزوج زوجة الآخر فإن زواجها يغرس بينهما شجر البغضاء فيصيران عدوين بعد أن كان أحدهما يعتبر نفسه أبًا والآخر يعتبر نفسه ابنًا له .

١٩٦٦ - ولا فرق في ثبوت التحريم بين كون الابن أو الأب دخل بالمرأة أو لم يدخل لعموم النص .

١٩٦٧ - ولما كان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » (٦) . يشمل بعض أفراد وكان ذلك يوهم تحريم تلك الأفراد بالرضاع مع أنه بالتأمل يعلم أنه لا يشملها عمد إلى بيانها حتى ينكشف الغطاء وهذه الأفراد هي : أم الأخ وأم الأخت وأخت الابن والبنت وجدة الابن وجدة البنت وأم العم والعمة وأم الخال والخالة وعمة الابن والبنت وبنت عمة الابن وبنت عمة البنت وبنت أخت الابن وبنت أخت البنت وأم ولد الابن وأم ولد البنت وأبو أخي المرأة وأخو ابنها وأبو خالها

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) النساء : ٢٣ .
(٣) النساء : ٢٢
(٤) النساء : ٢٣ .
(٥) النساء : ٢٢ .
(٦) سبق تخريجه .

وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها .

١٩٦٨ - فهؤلاء لا يحرمون بالرضاع كما يحرمون بالنسب لأن حرمة من ذكر بالنسب قد ثبتت لعلة الجزئية فإذا لم تتحقق تلك العلة انتفى التحريم كما في أخت الأخ نسبًا فإنه في بعض الصور يسوغ له أن يتزوجها كما إذا كان له أخ لأب نسبا ولذلك الأخ أخت نسبًا من الأم فإنه يجوز لأخيه لأب أن يتزوجها لأنها أجنبية بالنسبة إليه ولا جزئية بينهما فلا تحريم وبما أنه لا جزئية بواسطة الرضاع في هذه الأفراد فلا تحريم أيضًا .

١٩٦٩ - وحينئذٍ لا تكون تلك الأفراد مستثناة من الحديث لأنه لا يشملها أصلا لعدم الرابطة والرضاع إنما يحرم إذا أوجد رابطة كرابطة النسب كما هو جلي من قوله عليه الصلاة والسلام : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » .

١٩٧٠ - وهاك بيان كل فرد على حدته لتتضح لك الحقيقة فأقول :

١٩٧١ - يحل للرجل أن يتزوج أم أخيه رضاعًا وهذه الجملة تحتمل ثلاث صور لأنه إما أن يكون له أخ من الرضاع وذلك الأخ له أم من الرضاع ولم يرضع منها ذلك الأخ ومعلوم أنها أجنبية بالنسبة إليه فتحل له .

١٩٧٢ - وإما أن يكون له أخ من الرضاع له أم من النسب ولم يرضع منها فله أن يتزوجها لعدم الرابطة بينهما وإما أن يكون له أخ من النسب وذلك الأخ له أم من الرضاع فله تزوجها كما تقدم .

١٩٧٣ - وما قيل في أم الأخ رضاعًا يقال في أم الأخت رضاعًا .

١٩٧٤ - وأما إذا كان له أخ من النسب ولذلك الأخ أم من النسب فلا يجوز له أن يتزوجها ؛ لأنها إما أن تكون أمه أن كانت أمها واحدة وإما أن تكون موطوءة أبيه وكلتاهما محرمة عليه كما سبق .

١٩٧٥ - وكذا يحل للرجل أن يتزوج أخت ابنه رضاعًا وهذه أيضًا مجملة ولها صور ثلاث لأنه إما أن يكون للرجل ابن من الرضاع ولذلك الابن أخت من الرضاع بأن رضع الولد من امرأته ثم رضع مع البنت من امرأة أخرى ولم ترضع تلك البنت من امرأته أصلًا فتلك البنت غير محرمة على ذلك الرجل لأنها أجنبية منه . وإما إن يكون له ابن من الرضاع ولذلك الابن أخت من النسب لم ترضع من امرأته فهي حلال له لعدم الرابطة ، وإما أن يكون له ابن من النسب ولابنه أخت من الرضاع بأن رضع معها من امرأة غير زوجة الرجل فتحل له لما تقدم .

١٩٧٦ - وأما إذا كان له ابن من النسب ولابنه أخت من النسب فلا تحل له ؛ لأنها إما أن تكون بنته وإما أن تكون بنت زوجته ومعلوم أنها محرمة عليه في الحالتين وحكم أخت ابنته هو حكم أخت ابنه .

١٩٧٧ - ويحل للرجل أن يتزوج جدة ابنه رضاعًا وهذه العبارة تشمل ثلاث حالات أيضًا لأنه يحتمل أن يكون له ابن من الرضاع والابن له جدة من الرضاع أو يكون له ابن من الرضاع له جدة من النسب أو يكون له ابن من النسب وله جدة من الرضاع وفي كل هذه الصور تحل له الجدة لأنها أجنبية منه وليس بينهما أدنى جزئية بواسطة الرضاع نعم لو كان له ابن من النسب وللابن جدة من النسب فلا تحل له تلك الجدة لأنها من أصول زوجته وهي محرمة عليه بمنطوق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ (١) .

١٩٧٨ - وكذا الحكم في جدة بنته وأيضا يحل للرجل أن يتزوج أم عمه من الرضاع والصور المتقدمة تأتي هنا لأنه إما أن يكون له عم من الرضاع أي أخ لأبيه رضاعًا شقيقًا كان أو لأب أو لأم وذلك العم له أم من الرضاع وإما أن يكون له عم من الرضاع والعم له أم من النسب وإما أن يكون له عم من النسب وللعم أم من الرضاع وعلى كل حال فله أن يتزوجها لعدم تحقق علة التحريم في النسب .

١٩٧٩ - وأما إذا كان له عم من النسب ولعمه أم من النسب فلا يجوز له تزوجها لأنها إما أن تكون جدته أو موطوءة جده وهما محرمتان عليه كما سبق . وما قيل في أم العم يقال في أم العمة وأم الخال وأم الخالة لأن الحكم واحد في الكل .

١٩٨٠ - ويحل للرجل أن يتزوج عمة ابنه رضاعًا وهذه العبارة لها صور ثلاث أيضًا لأنه إما أن يكون له ابن رضاعًا والابن له عمة رضاعًا أو يكون له ابن من الرضاع والابن له عمة من النسب أو يكون له ابن نسبي ولابنه عمة من الرضاع وهي أجنبية منه في جميع هذه الصور فيسوغ له أن يتزوجها شرعًا .

١٩٨١ - وأما إذا كان له ابن من النسب ولابنه عمة من النسب فليس له تزوجها لأنها أخته وما قيل في عمة الابن يقال في عمة البنت .

١٩٨٢ - ويعلم حل تزوج بنت عمة ابنه وبنته رضاعًا من باب أولى وإذا علمنا أن أخت الابن رضاعًا تحل نعلم أن بنتها تحل أيضًا بطريق الأولوية ويحل للرجل أيضًا أن يتزوج أم ولد ابنه مذكرًا كان الولد أو مؤنثًا ومعنى العبارة أن يكون للرجل ابن وللابن

---

(١) النساء : ٢٣ .

ابن أو بنت وذلك الابن أو البنت لها أم والمسألة لها أربعة أحوال لأن الابن إما أن يكون من الرضاع وللابن ابن أو بنت من الرضاع وله أو لها أم من الرضاع أو من النسب فتحل للأب لأنها أجنبية منه وإما أن يكون للرجل ابن من الرضاع وللابن ولد من النسب مذكرًا كان أو مؤنثًا ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل له بخلاف ما إذا كانت أمًّا من النسب فإنها لا تحل لكونها زوجة ابنه رضاعًا وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من الرضاع مذكرًا كان أو مؤنثًا ولذلك الولد أم من الرضاع أو من النسب فتحل له لأنها أجنبية منه وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من النسب مذكرًا كان أو مؤنثًا ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل للرجل لأنها أجنبية بالنسبة إليه .

١٩٨٣ - فإن كانت أما نسبية أيضًا فلا تحل لأنها حليلة ابنه نسبًا ومن هذا يعلم حكم أم ولد بنته .

١٩٨٤ - ومتى علمنا أن الرجل يحل له أن يتزوج أم أخيه رضاعًا علمنا أن المرأة يجوز لها التزوج بأخي ابنها رضاعًا لما في ذلك من التلازم وكذا يقال إذا جاز للرجل أن يتزوج أخت ابنه رضاعًا جاز للمرأة التزوج بأبي أخيها رضاعًا لما بينهما من التلازم وهكذا يقال في الصور التي بعدهما .

(مادة ٣٧٧)

إِذَا أَرْضَعَتْ زَوْجَةُ الرَّجُلِ الْكَبِيرَةُ ضَرَّتَهَا الصَّغِيرَةَ فِي مُدَّةِ الْحَوْلَيْنِ، حَرُمَتَا عَلَيْهِ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً إِنْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، وَإِلا جَازَ تَزَوُّجُ الصَّغِيرَةِ ثَانِيًا ، حَيْثُ كَانَ اللَّبَنُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلا مَهْرَ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ تَعَمَّدَتِ الْفَسَادَ ، وَكَانَتْ عَاقِلَةً طَائِعَةً مُسْتَيْقِظَةً عَالِمَةً بِالنِّكَاحِ وَفَسَادِهِ بِالإِرْضَاعِ ، وَلَمْ تَقْصِدْ دَفْعَ جُوعٍ أَوْ هَلاكٍ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهَا (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٢/١٨٦ ، ١٨٧) : « (ولو أرضعت ضرتها حرمتا) ومعناه كانت تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ؛ لأنه يصير جامعًا ين الأم والبنت رضاعًا فلا يجوز كالجمع بينهما نسبًا قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (ولا مهر للكبيرة إن لم يطأها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها فصار كردتها قبل الدخول بها حتى لو لم تجئ الفرقة من قبلها بأن كانت الكبيرة مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ رجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة لها نصف المهر لعدم إضافة الفرقة إليها قال رَحِمَهُ اللَّهُ : (وللصغيرة نصفه) أي للصغيرة نصف المهر ؛ لأن الفرقة قبل الدخول لا من =

= قبلها ولا يقال : الارتضاع فعلها والفرقة باعتباره ؛ لأنا نقول : فعلها غير معتبر في إسقاط حقها ؛ لأن المهر إنما يسقط جزاء على الفعل ، والصغيرة ليست من أهل المجازاة على الفعل فلا يسقط مهرها ألا ترى أنه لا تجب الكفارة عليها ولا تحرم عن الإرث بالقتل حتى لو وجد في الكبيرة أيضًا ما يمنع اعتبار فعلها كالجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقها . قال ﷺ : (ويرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد وإلا فلا) أي يرجع الزوج على الكبيرة بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة إن تعمدت الفساد وإن لم تتعمد فلا شيء عليها ، وعن محمد والشافعي يرجع عليها في الوجهين ؛ لأنها أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر ، والتأكيد جارٍ مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا . ولنا : أنها مسببة لا مباشرة فإنها باشرت الإرضاع وهو ليس بموضوع لإفساد النكاح ، بل هو سبب موضوع للجزئية وإنما ثبت الفساد في هذه الصورة باتفاق الحال ، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا ألا ترى أن من حفر بئرًا في داره لا يضمن ما وقع فيها وإن حفر في الطريق يضمن ، ولو رمى سهمًا في داره يضمن ما أصابه ؛ لأن المباشرة علة وضعا فلا يبطل حكمه بالعذر ، والتسبيب ليس بعلة ، وإنما جعل في حكم العلة صيانة للدم عن الهدر وإنما يستقيم إذا صلح علة لضمان العدوان ، والحفر ليس بعلة للتلف ، بل هو شرط في معنى العلة على معنى أنه لولا حفره لما وقع فيه إذ الوقوع لا يتصور إلا في مكان خال عن الأجسام الكثيفة فهو محصل محل الوقوع ، والثقل علة السقوط وهو علة التلف ، ثم أضيف الحكم مع هذا إلى محصل الشرط ، وهنا المرضعة ليست بصاحبة علة فساد النكاح ؛ لأن فساده بالجزئية ، وسببها الارتضاع إلا أنه لولا الإرضاع لم يوجد محل الارتضاع فصارت محصلة محل علة الفساد فيضاف الفساد إليها بوصف التعدي ، والإرضاع نفسه ليس بتعد ؛ لأنه فرض إن خافت هلاك الصغيرة ، ومندوب إن كانت جائعة ومباح إن لم تقصد الفساد ، وتعمد الفساد إنما يتحقق إذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبأن الإرضاع مفسد فإن فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها ؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلابد من قبول قولها فيه ولا يقال : الجهل بحكم الشرع لا يعتبر في دار الإسلام ؛ لأنا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم وإنما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعديًا ، وهذا لأنه يجب عليها الضمان إلا إذا قصدت الفساد ، وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد أو بالنكاح ، ولو كانت الكبيرة مجنونة لا يرجع عليها بمهر الصغيرة ولا يسقط مهرها لما ذكرنا في الصغيرة ، ولو كانت الكبيرة نائمة فأخذت الصغيرة ثديها لا يرجع على أحد ، ولكل واحدة منهما نصف المهر ، ولو أخذ رجل لبنها فأوجرها به فعلى الزوج نصف مهر كل واحدة منهما ويرجع به على الرجل إن تعمد الفساد ، وإن أرضعت امرأة الأب زوجة الابن تحرم عليه ؛ لأنها أخته لأب . وكذا لو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما امرأة معًا أو متعاقبًا حرمتا عليه ؛ لأنهما صارتا أختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد ، ولو طلق امرأته ، ثم إن أخت المطلقة أرضعت امرأته الصغيرة والمطلقة في العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ، ولو كان تحته رضيعتان فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل واحد فأرضعت كل واحدة منهما واحدة معًا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما ؛ لأن كل واحد منهما غير مفسدة بصنعها وإنما الفساد للأختية اتفاقًا ».

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤٦/٨ ، ١٤٧) : « (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ، فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه الكبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة . وإن كان قد دخل بالكبيرة ، =

= حرمتا عليه جميعًا ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة) نص أحمد على هذا كله . في هذه المسألة فصول أربعة :

الفصل الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة في الحال ، وحرمت على التأبيد . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت ، وتنزع منه الصغيرة . وليس بصحيح ؛ فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبدًا ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ . ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، نكاحها ثابت ؛ لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأمها ، فلا تحرم ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . والرواية الثانية ، ينفسخ نكاحها . وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة ؛ لأنهما صارتا أمًّا وبنتًا ، واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فانفسخ نكاحهما ، كما لو صارتا أختين ، وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقدًا واحدًا . ولنا ، أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة ، وهي أولى به ؛ لأن نكاحها محرم على التأبيد ، فلم يبطل نكاحهما به ، كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت ، فاختص الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها . وفارق الأختين ؛ لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما ؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء .

الفصل الثاني : أنه إن كان دخل بالكبيرة ، حرمتا جميعًا على الأبد ، وانفسخ نكاحهما ؛ لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها ، فتحرم تحريمًا مؤبدًا ، وإن كان الرضاع بلبنه ، صارت الصغيرة بنتا محرمة عليه لوجهين ؛ لكونها بنته ، وربيبته التي دخل بأمها .

الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر الصغيرة ؛ لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ؛ لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها ، فسقط صداقها ، كما لو ارتدت . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافًا . وإن كان دخل بالكبيرة ، لم يسقط مهرها ؛ لأنه استقر بدخوله بها استقرارًا لا يسقطه شيء ، ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها .

الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة . وبهذا قال الشافعي . وحكي عن بعض أصحابه ، أنه يرجع بجميع صداقها ؛ لأنها أتلفت البضع ، فوجب ضمانه . وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضعة أرادت الفساد ، رجع عليها بنصف الصداق ، وإلا فلا يرجع بشيء . وقال مالك : لا يرجع بشيء . ولنا : أنه يرجع عليها بالنصف ، أنها قررته عليه ، وألزمته إياه ، وأتلفت عليه ما في مقابلته ، فوجب عليها الضمان ، كما لو أتلفت عليه المبيع . ولنا : على أبي حنيفة ، أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ ، كالمال ، ولأنها أفسدت نكاحه ، وقررت عليه نصف الصداق ، فلزمها ضمانه ، كما لو قصدت الإفساد . ولنا : على أن الزوج إنما يرجع بالنصف ، أن الزوج لم يغرم إلا النصف ، فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر ، فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وإنما ضمنت المرضعة هاهنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضًا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة ، فلم يرجع هاهنا بأكثر مما ألزمته .

فصل : والواجب نصف المسمى ، لا نصف مهر المثل ؛ لأنه إنما يرجع بما غرم ، والذي غرم نصف ما فرض لها ، =

١٩٨٥ - وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج أم امرأته مطلقًا ولا بنت امرأته إن دخل بأمها نسبًا كذلك لا يجوز إذا كانت الأم أو البنت من الرضاع .

١٩٨٦ - ويعلم من هذا أنه إذا كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة في المدة الموجبة للتحريم وهي حولان على قول أبي يوسف ومحمد . وحولان ونصف على قول الإمام كما تقدم حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا ، وهو لا يجوز كالجمع بينهما نسبًا ثم حرمة الكبيرة مؤبدة ، لأنها أم امرأته والعقد على البنات يحرم الأمهات .

١٩٨٧ - وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة موجودًا عندها بسبب هذا الزوج كانت حرمتها مؤبدة أيضًا لأن زوجها صار أبًا لها رضاعًا ، وفي هذه الحالة لا بد أن يكون قد دخل بها لأنه لا يعقل كونه سببًا في اللبن إلا بذلك وإن لم يكن اللبن موجودًا بسببه بأن تزوجها وهي ذات لبن من زوج آخر ، فلا يخلو الحال من أن تكون قد أرضعتها قبل الدخول أو بعده .

١٩٨٨ - فإن كانت أرضعتها بعد الدخول ، فالصغيرة محرمة عليه على التأبيد أيضًا لأن الدخول بالأمهات يحرم بالبنات ، وإن أرضعتها قبل الدخول جاز له تزوج الصغيرة ثانيا لأن مجرد العقد على الأمهات لا يحرم البنات هذا هو حكم حرمتهما عليه .

١٩٨٩ - وأما حكم مهرهما فيقال : الكبيرة إما أن يكون الزوج دخل بها أو لا فإن كان قد دخل بها لزمه مهرها لأنه قد تأكد بالدخول وإن لم يكن دخل بها فإما أن تكون قد أرضعتها برضاها واختيارها أو لا .

١٩٩٠ - فإن كان الإرضاع باختيارها فلا مهر لها ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها كردتها وفعلها مع ابن زوجها ما يوجب حرمة المصاهرة .

١٩٩١ - وإن أرضعتها مكرهة أو مجنونة أو كانت نائمة فأخذت الصغيرة ثديها ورضعته أو أخذ شخص لبنها وسقاه للصغيرة بدون إغرائها وجب لها نصف المهر ؛ لأن الفرقة لم تأت من قبلها .

= فرجع به . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثل ؛ لأنه ضمان متلف ، فكان الاعتبار بقيمته ، دون ما ملكه به ، كسائر الأعيان . ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها ، أو ارتدت ، أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تغرم له شيئًا ، وإنما الرجوع هاهنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ؛ ولأنه لو رجع بقيمة المتلف ، لرجع بمهر المثل كله ، ولم يختص بنصفه ؛ لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى ، كذا هاهنا » .

١٩٩٢ - وأما الصغيرة فمعلوم أنها غير مدخول بها بما أنه لا يعقل الدخول بالرضيعة وحينئذ يكون لها نصف المهر لأن الفرقة حصلت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها ، إلا أنه لا يؤثر في إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام الشرعية ، ولذا لو قتلت مورثها لا تحرم من الميراث ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع .

١٩٩٣ - وهل يرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ،

١٩٩٤ - نعم يرجع بها عليها إن تعمدت إفساد النكاح بأن كانت عالمة به وبحكم الإرضاع وأرضعت الصبية طائعة مختارة ليست بمجنونة ولا نائمة ولم تقصد بذلك دفع هلاكها أو ألم الجوع عنها .

١٩٩٥ - فإن أرضعتها مكرهة أو نائمة أو غير عالمة بالزوجية وبحكم الإرضاع أو بأحدهما أو أرضعتها وهي مختارة وعالمة بالزوجية وبحكم الرضاع ولكن قصدت بذلك دفع الهلاك أو ألم الجوع عنها فلا يرجع عليها بشيء ، لأنها لم تقصد إبطال الزواج .

١٩٩٦ - وقال محمد : يرجع عليها مطلقا تعمدت الإفساد أو لا ، لأن الحكم عنده يضاف إلى السبب كمن فتح قفص الطير فطار أو الإصطبل فخرجت الحيوانات فضاعت .

١٩٩٧ - والأول هو الصحيح وظاهر الرواية وكذا الحكم فيما لو كان شخص تزوج صغيرتين وأرضعتهما أجنبية معًا أو على التعاقب حرمتا عليه ؛ لأنه صار جامعًا بين أختين رضاعًا إلا أن الحرمة لا تكون مؤبدة بل هي مؤقتة بمفارقة أحداهما ، فحينئذ يجوز له أن يعقد على الأخرى .

(مادة ٣٧٨)

يَثْبُتُ الرَّضَاعُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عُدُولٍ . فَإِنْ ثَبَتَ ، يُفَرِّق الْحَاكِمُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَلا مَهْرَ عَلَى الزَّوْجِ إِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَعَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنَ الْمُسَمَّى وَمِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ إِنْ وَقَعَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَلا نَفَقَةَ عَلَيْهِ وَلا سُكْنَى (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (١٤/٤ ، ١٥) : « وأما بيان ما يثبت به الرضاع - أي : يظهر به - فالرضاع يظهر بأحد أمرين : أحدهما الإقرار والثاني البينة . أما الإقرار فهو أن يقول لامرأة تزوجها : هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصبر عليه فيفرق بينهما ؛ لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله للحال فيصدق فيه على نفسه ، وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون =

= في إبقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبته ؛ لأن الحرمة ثابتة في زعمه ، ثم إن كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر إن كذبته ؛ لأن الزوج مصدق على نفسه لا عليها بإبطال حقها في المهر وإن كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى ؛ لأنه غير مصدق بإبطال حقها فإن أقر بذلك ثم قال : أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت ؛ فهما على النكاح ، ولا يفرق بينهما عندنا ، وقال مالك والشافعي : يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره ، وجه قولهما أنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته : كنت طلقتك ثلاثًا ثم قال : أوهمت ، والدليل عليه أنه لو قال لأمته : هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال : أوهمت ؛ أنه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ، ولنا أن الإقرار إخبار فقوله : هذه أختي إخبار منه أنها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد . فإذا قال : أوهمت ؛ صار كأنه قال : ما تزوجتها ثم قال : تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك ؛ يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق ؛ لأن قوله : كنت طلقتك ثلاثًا إقرار منه بإنشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق إنشاء الطلاق إلا بعد صحة النكاح فإذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لأمته : هذه أمي أو ابنتي ؛ لأن ذلك لا يقتضي نفي الملك في الأصل .
ألا ترى أنها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة ؛ جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته ، فتضمن هذا اللفظ منه إنشاء العتق عليها فإذا قال : أوهمت لا يصدق كما لو قال : هذه حرة ثم قال : أوهمت وكذلك إذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال : هذه أختي من الرضاع أو أمي أو ابنتي وأصر على ذلك وداوم عليه ؛ لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ، ولو قال : أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الإقرار فشهد شاهدان على إقراره فرق بينهما ، وكذلك إذا أقر بالنسب فقال : هذه أمي من النسب أو ابنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وأنها تصلح بنتًا له أو أمًّا له فإنه يسأل مرة أخرى فإن أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب بإقراره مع إصراره عليه ، وإن قال : أوهمت أو أخطأت أو غلطت ؛ يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا ، وإن كان لها نسب معروف أو لا تصلح أمًّا أو بنتًا له ؛ لا يفرق بينهما وإن دام على ذلك ؛ لأنه كاذب في إقراره بيقين ، والله أعلم .
وأما البينة : فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن . وهذا عندنا ، وقال الشافعي : يقبل فيه شهادة أربع نسوة ، وجه قوله أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة ؛ إذ لا يمكن تحمل الشهادة إلا بعد النظر إلى الثدي وإنه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ، ولنا ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر ﷺ أنه قال : لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد ؛ فيكون إجماعًا ولأن هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدي الأمة فلأنه يجوز للأجانب النظر إليه .
وأما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر إليه فثبت أن هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ؛ لأن قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به ، فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة ؛ لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فإنه لا يجوز لأحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها لما روي عن محمد أن عقبة بن الحارث قال : تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت : إني =

= أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « فارقها » فقلت إنها امرأة سوداء وإنها كيت وكيت فقال ﷺ كيف وقد قيل : وفي بعض الروايات قال عقبة : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثالثة أو الرابعة : « فدعها إذًا » وقوله : فارقها أو فدعها إذا ندب إلى الأفضل والأولى . ألا ترى أنه ﷺ لم يفرق بينهما بل أعرض ، ولو كان التفريق واجبًا لما أعرض فدل قوله ﷺ فارقها على بقاء النكاح . وروي أن رجلًا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما فسأل الرجل عليًا ﷺ فقال : هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس ﷺ فقال له مثل ذلك ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة . فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والأفضل لها أن تأخذ شيئًا منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وإن كان بعد الدخول فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح ، والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها ؛ لأن النكاح قائم في الحكم ، وكذا إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا ، وإذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها ؛ لأنه تبين أن النكاح كان فاسدًا وإن كان بعد الدخول بها يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب لها النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة » .

وجاء في الفتاوى الهندية (٣٤٧/١ ، ٣٤٨) : « ولو تزوج امرأة فقالت امرأة : أرضعتكما ، فهو على أربعة أوجه : إن صدقاها فسد النكاح ولا مهر لها إن لم يدخل بها ، وإن كذباها فالنكاح بحاله لكن إذا كانت عدلًا فالتنزه أن يفارقها كذا في التهذيب . وإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول والأفضل لها أن لا تأخذ شيئًا منه ، وإن كان بعد الدخول بها فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى ، وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها كذا في البدائع . وكذلك إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول كذا في السراج الوهاج . وإن صدقها الرجل وكذبتها المرأة فسد النكاح والمهر بحاله وإن صدقتها وكذبها الرجل فالنكاح بحاله ولكن لها أن تحلفه ويفرق إذا نكل كذا في التهذيب . ولو تزوج امرأة ثم قال بعد النكاح : هي أختي من الرضاعة أو ما أشبهه ثم قال : أوهمت ليس الأمر كما قلت لا يفرق بينهما استحسانا ولو ثبت على هذا المنطق وقال هو حق كما قلت فرق بينهما ولو جحد بعد ذلك لا ينفعه جحوده كذا في المحيط . وإن كانت المرأة صدقته فلا مهر لها وإن كذبته فلها نصف المهر وإن كان قد دخل بها فلها جميع المهر والنفقة والسكنى إن كذبته وإن صدقته فلها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها ولا شيء لها من النفقة والسكنى كذا في المضمرات . ولو أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال : هذه أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع ثم قال : أوهمت أو أخطأت جاز له أن يتزوجها ولو قال : هو حق كما قلت لم يجز أن يتزوجها ولو تزوجها فرق بينهما ولو جحد الإقرار فشهد اثنان على الإقرار فرق بينهما كذا في السراج الوهاج .

وإذا أقرت المرأة أن هذا أبي من الرضاعة أو أخي من الرضاعة أو ابن أخي وأنكر الرجل ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت : أخطأت فتزوجها فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها ولو قالت المرأة بعد النكاح =

= قد كنت أقررت قبل النكاح أنك أخي وقد قلت : إن ما أقررت به حق حين أقررت بذلك وقد وقع النكاح فاسدًا فإنه لا يفرق بينهما ولو كان هذا القول من الزوج يفرق بينهما ولو أقرا بذلك جميعًا ثم أكذبا أنفسهما وقالا أخطأنا ثم تزوجها كان النكاح جائزًا كذا في الذخيرة . وإذا قالت : هذا ابني رضاعًا وأصرت عليه جاز له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها قالوا : وبه يفتى في جميع الوجوه كذا في البحر الرائق . ولو أقر بالنسب فقال : هذه أختي من النسب أو أمي أو ابنتي وليس لها نسب معروف وتصلح أن تكون أمًا له أو بنتًا له فإنه يسأل مرة أخرى فإن قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت فهما على النكاح في الاستحسان وإن قال : هو كما قلت فإنه يفرق بينهما ، كذا في السراج الوهاج . وإذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما كذا في المبسوط ولو قال لامرأته : هذه ابنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذا لو قال هذه أمي وله أم معروفة وثبت على ذلك لا يفرق بينهما كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٤٨/٥) : « (ويحلف منكر رضاع) من رجل أو امرأة في يمين (على نفي علمه) لأنه ينفي فعل الغير ، ولا نظر إلى فعلها في الارتضاع لأنه كان صغيرًا .

تنبيه : هذا في اليمين الأصلية ، أما إذا نكل أحدهما وردت اليمين على الآخر فإنه يحلف على البت ؛ لأنها مثبتة خلافًا للقفال في كونه يحلف على نفي العلم كما هو ظاهر المتن (و) يحلف (مدعيه) أي الإرضاع من رجل أو امرأة (على بت) لأنه حلف على إثبات فعل الغير ، وخالف في هذا القفال أيضًا وقال : يحلف على نفي العلم (ويثبت) الرضاع (بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن كل ما يقبل فيه النساء الخلص يقبل فيه الرجال والنوعان ، وهذا يثبت بالنساء الخلص كما قال (وبأربع نسوة) لاختصاص النساء بالاطلاع عليه غالبًا كالولادة ، ولا يثبت بدون أربع نسوة إذ كل امرأتين بمثابة رجل .

تنبيه : محل شهادة الرجال ما لم يتعمدوا النظر إلى الثدي لغير الشهادة فإن تعمدوا ذلك قال الرافعي : لم تقبل شهادتهم لفسقهم ، ورده في الروضة بأن مجرد النظر صغيرة لا ترد به الشهادة ما لم يصر فاعل ذلك ، وقضيته أنه إذا أصر لا تصح شهادته ، ومحله ما لم تغلب طاعته معاصيه ومحل قبول شهادة النساء إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي ، أما إذا كان في الشرب أو الإيجار من ظرف فلا تقبل فيه شهادة النساء المتمحضات ؛ لأنهن لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه ، ولكن يقبلن في أن لبن الإناء لبن فلانة ؛ لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالبًا (والإقرار به) أي الرضاع (شرطه رجلان) ولا يثبت بغيرهما لاطلاع الرجال عليه غالبًا .

تنبيه : إنما ذكر المصنف هذه المسألة مع أنه ذكرها في الشهادات التي هي محلها تتميمًا لما يثبت به الرضاع » .

وجاء في أسنى المطالب (٤٢٤/٣) : « (فإن أقر أحد الزوجين قبل النكاح برضاع) بينهما محرم (ممكن حرم تناكحهما) مؤاخذة له بقوله ، فلو رجع عن إقراره لم يقبل رجوعه بخلاف ما لو أنكرت الرجعة واقتضى الحال تصديقها ثم رجعت حيث تقبل ؛ لأن حرمة الرضاع مؤبدة بخلاف فرقة البينونة وخرج بالممكن غيره كأن قال : فلانة بنتي ، وهي أسن منه فإنه لغو وفي تعبيره بالزوجين تجوز سهله قوله (وإن اتفقا عليه) أي على الرضاع المحرم (بعده) أي بعد النكاح (حكم بفساده وفرق بينهما) عملًا بقولهما وسقط المسمى ووجب مهر المثل إن كانت جاهلة ودخل بها ، وإلا فلا يجب شيء (وإن ادعاه) أي الرضاع (الزوج ، وأنكرت حكم ببطلانه وفرق بينهما) مؤاخذة له بقوله (ولزمه المسمى) أو مهر المثل إن دخل بها (أو نصفه) إن لم يدخل بها (وله تحليفها إن لم يطأ) ها (أو) وطئها (وكان مهر المثل أقل) من المسمى (فإن نكلت حلف ولا شيء لها إن لم =

....

= يطأ) ، وإلا فلها مهر المثل (فإن ادعته) أي الرضاع (فأنكر صدق يمينها إن سبق منها إذن) في تزويجها به (أو تمكين) له من وطئها ؛ لأن ذلك يتضمن حلها فلا يقبل منها نقيضه كما لو باع عينًا ثم ادعى وقفها (وإلا) بأن زوجت بغير إذن لصغر أو نحوه أو بإذن من غير معين ولم تمكنه من وطئها (صدقت بيمينها) ؛ لأن ما تدعيه محتمل ولم يسبق منها ما يناقضه فأشبه ما لو ذكرته قبل النكاح (ولا شيء لها إن لم يطأ) عملًا بقولها ، وإلا فلها مهر المثل (وإن كانت قد قبضت المسمى) أو بعضه (فله حكم ما لو أقرت له به ، وكذبها) فلا يسترده منها بل يبقى في يدها لزعمه أنه لها (والورع) له (أن يطلقها) طلقة لتحل لغيره إن كانت كاذبة ».

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٢/٤) : « ويثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل العقد يعني أن الرضاع يثبت بين الزوجين بشهادة رجلين عدلين ولا خلاف في ذلك ويثبت أيضًا بشهادة رجل وامرأة يريد إذا كان ذلك فاشيًا قبل العقد من قولهما ويثبت أيضًا بشهادة امرأتين يريد إن كان فاشيًا قبل العقد وسواء كانتا أمهاتهما أو أجنبيتين قاله أبو الحسن ؛ لأن هذا من الأمر الذي لا يطلع عليه غالبًا إلا النساء فإن لم يكن ذلك فاشيا قبل العقد فإنه لا يثبت فشرط الفشو قيد في المسألتين وأما الرجل مع المرأتين فلا يشترط الفشو في ذلك وبعبارة : وبرجل وامرأة أي وليس الرجل أبًا ولا المرأة أمًّا لأحدهما ، وقوله : وامرأتين أي وليست إحداهما أمًّا لأحدهما وقوله : برجلين أي أجنبيين وقوله لا بامرأة أي : وليست أمًّا لأحدهما لأنها تقدمت فلا تكرار وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد أي وإذا قلنا بأن ذلك يثبت في الصورتين إذا كانا فاشيًا فهل يشترط مع ذلك الفشو أمر آخر ، وهو ثبوت عدالة الرجل والمرأة أو عدالة المرأتين أو لا تشترط العدالة إلا مع عدم الفشو تردد . وبرجلين لا بامرأة ولو فشا يعني أن الرضاع يثبت بين الزوجين بشهادة رجلين عدلين اتفاقًا فشا أم لا ولا يثبت بشهادة امرأة ولو فشا قبل العقد ولو كانت عدلة ».

وجاء فيه أيضًا (١٨١/٤) : « كقيام بينة على إقرار أحدهما قبل العقد تشبيه في الفسخ يعني لو قامت بينة تشهد على إقرار أحد الزوجين قبل العقد أنهما أخوان من الرضاع فإن نكاحهما يفسخ قبل الدخول وبعده فقوله قبل العقد متعلق بإقرار وسواء فيه إقراره وإقرارها ومفهومه لو قامت بينة على إقرار أحدهما بعد العقد فإن كان الزوج فكذلك وإن كانت المرأة لم يفسخ لاتهامها على فراق زوجها ففي المفهوم تفصيل . ولها المسمى بالدخول إلا أن تعلم فقط فكالغارة أي أنه إذا فسخ بعد الدخول فلها المسمى إن كان هناك مسمى حلال وإلا فصداق المثل وهذا إذا علمًا أو جهلًا أو علم وحده وأما إن علمت هي وحدها وأنكر العلم فلها ربع دينار فقط كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة عالمة بالحكم .

وإن ادعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها النصف يعني أن الزوج إذا أقر أنه أخ لزوجته من الرضاع وكذبته زوجته فإنه يؤاخذ بإقراره من فراق وغرامة فإن كان إقراره بذلك قبل الدخول فإنه يفرق بينهما ولها نصف الصداق لأنه يتهم على فسخ النكاح قبل الدخول والفسخ قبله لا شيء فيه وإن كان إقراره بعد الدخول فإنها تستحق جميع الصداق وتقع الفرقة بينهما ، فقوله : ولها النصف يعلم منه أنه قبل الدخول وكلام المؤلف حيث كان إقراره بعد العقد وأما إن كان قبل العقد فلا شيء لها في فسخه بعد العقد كما يفيده كلام اللخمي ؛ لأن نكاحه وقع فاسدًا على دعواه . وإن ادعته وأنكر لم يندفع يعني أن المرأة إذا كانت هي المدعية لأخوة الرضاع وحدها والزوج يكذبها في ذلك فإن قولها لا يقبل والنكاح ثابت بينهما لأن الفراق ليس بيدها ولا تقدر على طلب المهر قبله الضمير في قبله يرجع إلى الدخول أي لا تقدر المرأة على طلب المهر من زوجها قبل الدخول لأنها لا تستحق شيئًا إلا بالدخول أو الطلاق وهي مقرة بفساد العقد فلا يجب لها شيء ظاهره ولو بالموت ولا مخلص لها من الزوج =

= إلا بالفداء منه أو يطلق باختياره وإنما لم يقل وليس لها طلب المهر قبله لأن نفي القدرة أبلغ من نفي الطلب » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/١٥٢ ، ١٥٣) : « (وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع ، حرم النكاح إذا كانت مرضية . وقد روي عن أبي عبد الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : إن كانت مرضية استحلفت ، فإن كانت كاذبة ، لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس ﷺ) وجملة ذلك : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مرضية . وبهذا قال طاوس ، والزهري ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين . وهو قول الحكم ؛ لأن الرجال أكمل من النساء ؛ ولا يقبل إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد ، رواية ثالثة ، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها . وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ؛ لأن ابن عباس قال ، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلًا وأهله ، فقال : إن كانت مرضية ، استحلفت ، وفارق امرأته . وقال : إن كانت كاذبة ، لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها . يعني يصيبها فيها برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدي إليه رأي ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفًا . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع ؛ لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأي : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروي ذلك عن عمر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ . ولنا ، ما روى عقبة بن الحارث ، قال : (تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما . فأتيت النبي ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف ، وقد زعمت ذلك) . متفق عليه ، وفي لفظ رواه النسائي ، قال : (فأتيته من قبل وجهه ، فقلت : إنها كاذبة . قال : كيف ، وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، خل سبيلها) . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة . وقال الزهري : فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان ﷺ بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الأوزاعي : فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم ، بشهادة امرأة في الرضاع .
وقال الشعبي : كان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة ، بشهادة امرأة واحدة في الرضاع . ولأن هذا شهادة على عورة ، فيقبل فيه شهادة النساء المنفردات ، كالولادة . وعلل الشافعي ، بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات ، فيقبل فيه شهادة المرأة المنفردة ، كالخبر » .
وجاء فيه أيضًا (٨/١٥٤) : « (وإذا تزوج امرأة ، ثم قال قبل الدخول : هي أختي من الرضاعة . انفسخ النكاح ، فإن صدقته المرأة ، فلا مهر لها ، وإن أكذبته ، فلها نصف المهر) وجملته : أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة ، انفسخ نكاحه ، ويفرق بينهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قال : وهمت ، أو أخطأت . قبل قوله ؛ لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ، ولو جحد النكاح ، ثم أقر به ، قبل ، كذلك هاهنا .
ولنا : أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه ، فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع ، أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وما قاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام في الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه ، فينبني ذلك على علمه بصدقه ، فإن علم أن الأمر كما قال ، فهي محرمة عليه ، ولا نكاح بينهما ، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله ، وقوله كذب لا يحرمها عليه ؛ لأن المحرم حقيقة الرضاع ، لا القول . وإن شك في ذلك ، لم تزل عن اليقين بالشك . وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان ؛ والصحيح ما قلناه ؛ لأن قوله ذلك إذا كان كذبًا ، لم يثبت التحريم ، كما لو قال لها وهي أكبر منه : هي ابنتي من الرضاعة . إذا ثبت هذا ، فإنه =

١٩٩٨ - والرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت الحقوق المالية وهي شهادة رجلين من أهل الشهادة أو رجل وامرأتين كذلك ؛ لأن الحكم بثبوت الرضاع يقتضي زوال ملك النكاح إن كان موجودًا فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء والشهادة به .

١٩٩٩ - وإن كانت أمرًا دينيا وهو التحريم إلا أنها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير وزوال الملك لا يحكم به إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما تقدم ، وليس هذا مثل الإخبار بنجاسة الماء أو الدهن فإن الإخبار بذلك لا يقتضي نزع ملك صاحب الدهن عنه فإنه يمكن مع كونه نجسًا أن يبيعه لمن يريد الاستصباح به أو يستعمله هو كذلك .

٢٠٠٠ - وقال مالك : يكفي في ثبوته امرأة معروفة بالعدالة .

٢٠٠١ - وقال الشافعي : يثبت بشهادة امرأتين بناء على أن الرضاع مما لا يطلع عليه إلا النساء . ويروى ذلك عن مالك وأحمد أيضًا . ويرد على ذلك أيضًا بأن الثدي يجوز رؤيته للمحارم .

٢٠٠٢ - نعم لا يشترط لصحة الشهادة تقدم دعوى المرأة الرضاعة لتضمنها حق الله تعالى كما في الشهادة بالطلاق ولكن لا تحصل الفرقة إلا بتفريق القاضي أو المتاركة كما هو الشأن في النكاح الفاسد وإذا حصل التفريق قبل الدخول لا يلزم الزوج نصف المهر لظهور فساد النكاح وهو لا يلزم فيه مهر بالفرقة قبل الدخول.

٢٠٠٣ - وكذا لا نفقة ولا سكنى للمرأة إذا حصلت الفرقة بعد الدخول وإنما لها الأقل من مهر المثل ومن المسمى ، لتأكد المهر بالدخول . وإنما كان لها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضيت به وإن كان مهر المثل هو الأقل فلأنه هو الواجب لفساد النكاح .

= إن كان قبل الدخول ، وصدقته المرأة ، فلا شيء لها ؛ لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله ، لا يستحق فيه مهر ، فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة ، وإن أكذبته ، فالقول قولها ؛ لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها ، فلزمه إقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه ، وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر . فصل : وإن قال : هي عمتي ، أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع . وأمكن صدقه ، فالحكم فيه كما لو قال : هي أختي . وإن لم يمكن صدقه ، مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله : هذه أمي . أو لأكبر منه أو لمثله : هذه ابنتي . لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد: تحرم عليه ؛ لأنه أقر بما يحرمها عليه ، فوجب أن يقبل ، كما لو أمكن . ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه ، فأشبه ما لو قال : أرضعتني وإياها حواء . أو كما لو قال : هذه حواء . وما ذكروه منتقض بهذه الصور ، ويفارق ما إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه ، كالحكم في الإقرار بالرضاع ؛ لأنه في معناه » .

الفصل الثالث
في الحضانة

(مادة ٣٧٩)

الأُمُّ النَّسَبِيَّةُ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ وَتَرْبِيَتِهِ حَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ وَبَعْدَ الْفُرْقَةِ إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا شَرَائِطُ أَهْلِيَّةِ الْحَضَانَةِ (١) .

* * *

٢٠٠٤ - الحضانة بالفتح والكسر معناها لغة : تربية الولد .

٢٠٠٥ - وشرعًا : تربية الولد ممن له حقها .

٢٠٠٦ - والأحق بتربية الولد أمه لأنها أكثر الناس حنانًا عليه وأشفقهم به فتصبر على خدمته صبرًا لا يتأتى من غيرها ولذا تراها تسهر لسهره وتجزع لمرضه وتسر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التي فطر الله الناس عليها .

٢٠٠٧ - ولذلك قضى رسول الله ﷺ بالحضانة للأم حينما جاءت امرأة إليه وقالت له : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ،

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٤٦/٣ ، ٤٧) : « (أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) ، وفي الكافي إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة ، وإنما كانت أحق لأن الأمة أجمعت على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج - يعني بزوج آخر - وقد روى أبو داود بإسناده أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به ما لم تنكحي » ، ولأن الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها إلى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الآباء لأنهم أقوى رأيا مع الشفقة الكاملة ، وأوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها ، وجعل الحضانة إلى الأمهات لأنهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الأعصار ، وأفرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة إليهن وغيرها من المصالح إلى الآباء زيادة منفعة على الصغير فكان حسنًا ، وأنظر للصغير فيكون مشروعًا ، ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته : ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ، ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعًا ، ثم لا تجبر الأم على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها ، وهذا لأن شفقتها حاملة على الحضانة ، ولا تصبر عنه غالبًا إلا عن عجز ، فلا معنى للإيجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه ، وقال في النهاية : إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم غير الأم فحينئذ تجبر على حضانته كي لا يضيع بخلاف الأب حيث يجبر على أخذه إذا امتنع بعد الاستغناء عن الأم ؛ لأن نفقته واجبة عليه » .

وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني . فقال لها رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تتزوجي » (١) .

٢٠٠٨ - وهذا بالنسبة للأم النسبية لا الرضاعية ، لأنها هي التي تتوفر فيها هذه الشفقة ولا فرق بين أن تكون زوجية الأم قائمة أو غير قائمة ، بل المدار على كونها أهلًا للحضانة بأن تكون مستوفية لشرائطها التي ستأتي قريبًا (٢) .

(مادة ٣٨٠)

الحَاضِنَةُ الذِّمِّيَّةُ أُمًّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ كَالْمُسْلِمَةِ ، حَتى يَعْقِل دِينًا أَوْ يُخْشَى عَلَيْهِ أَنْ يَأْلَفَ غَيْرَ دِينِ الإِسْلامِ .

* * *

٢٠٠٩ - واختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة فإذا كان المحضون مسلمًا والحاضنة غير مسلمة أمًّا كانت أو غيرها من بقية الحاضنات ، فلها أن تحضن الولد وتربيه متى كانت أهلًا للحضانة ومستوفية شرائطها على ما يأتي ، إلا إذا خيف على الولد أن يألف دينًا غير دين الإسلام بسبب معاشرته لتلك الحاضنة ، ولا فرق بين أن تكون معتنقة دينًا سماويًّا بأن تكون يهودية أو نصرانية أو غير سماوي بأن تكون وثنية أو مجوسية .

٢٠١٠ - وإنما لم يراع اتحاد الدين في الحضانة ، لأن مبناها الشفقة الطبيعية وهي لا تختلف باختلاف الدين (٣) .

---

(١) سنن الدارقطني (٣٠٥/٣) (٢٢٠) .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : الفصل السادس عشر : الحضانة : صاحب الحق في الحضانة من النساء : المادة (١٥٤) : الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الام من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٣) الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وتقويمه ورعايته بما يحقق مصلحته ولا يتعارض مع حق الولي .

المادة (١٨٤) أ - الأم أولى الناس بحضانة الصغير ، ما لم يطرأ عليها مانع شرعي .

ب - الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير ، وحق الصغير أقوى .

ج - الحضانة حق متجدد ، فإن سقطت لمانع أو بإسقاط وزال المانع أو السبب ، عاد حق الحضانة من جديد .

(٣) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي** : « إذا كانت الحاضنة على غير دين والد المحضون ، ولم تكن أمًّا ، لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون وإن كانت الحاضنة أمًّا فيشترط =

(مادة ٣٨١)

يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْحَاضِنَةُ : حُرَّةً ، بَالِغَةً ، عَاقِلَةً ، أَمِينَةً ، لا يَضِيعُ الْوَلَدُ عِنْدَهَا بِاشْتِغَالِهَا عَنْهُ ، قَادِرَةً عَلَى تَرْبِيَتِهِ وَصِيَانَتِهِ ، وَأَلا تَكُونَ مُرْتَدَّةً ، وَلا مُتَزَوِّجَةً بِغَيْرِ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ ، وَأَلا تُمْسِكَهُ فِي بَيْتِ الْمُبْغِضِينَ لَهُ ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَاضِنَاتِ .

* * *

٢٠١١ - والحاضنة يشترط فيها **ثمانية شروط** :

٢٠١٢ - **أولًا** : أن تكون حرة لأن الرقيقة مشغولة بخدمة سيدها فلا يمكنها القيام بتربية الولد .

٢٠١٣ - **ثانيًا** : أن تكون بالغة لأن القاصرة محتاجة إلى من يكفلها ، فكيف تكفل غيرها ؟

٢٠١٤ - **ثالثًا** : أن تكون عاقلة لأن المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك .

٢٠١٥ - **رابعًا** : أن تكون أمينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها عنه بالخروج إلى ملاهي الفسوق بأن تكون مغنية أو نائحة أو متهتكة تهتكًا يترتب عليه ضياع الولد .

٢٠١٦ - **خامسًا** : أن تكون قادرة على خدمته فلو كان بها مرض يعجزها عن القيام بمصالحه لم تكن أهلا للحضانة .

٢٠١٧ - **سادسًا** : ألا تكون مرتدة أي خارجة عن دين الإسلام بعد أن اعتنقته لأن جزاءها الحبس حتى تسلم ، ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد .

٢٠١٨ - **سابعًا** : ألا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون لأن الأجنبي ينظر إليه شذرًا ويبطن له الكراهة ويضمر السوء لأمه لأنه يظن أنها تطعمه من ماله وربما اشتد بين أمه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك ما لا تحمد عقباه .

= لصحة حضانتها ألا تستغل الحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه.

وجاء **في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٩٣) تستحق الأم غير المسلمة ما لم تكن مرتدة- الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره .

٢٠١٩ - **ثامنًا** : ألا تمسكه الحاضنة في بيت من يبغضه ويكرهه لأن إمساكها إياه عنده يترتب عليه ضرر الولد وضياعه ، والمقصود من الحضانة حفظ الولد والقيام بخدمته .

٢٠٢٠ - ولا فرق بين الأم وغيرها من الحاضنات في هذه الشروط إلا أن شرط البلوغ إنما هو بالنسبة لغير الأم إذ الأم لا يعقل أن تكون غير بالغة (١) .

(مادة ٣٨٢)

إِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَاضِنَةُ أُمًّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا بِزَوْجٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ ، سَقَطَ حَقُّهَا فِي الْحَضَانَةِ ، سَوَاءٌ دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ أَمْ لا .

وَمَتَى سَقَطَ حَقُّهَا ، انْتَقَلَ إِلَى مَنْ يَلِيهَا فِي الاسْتِحْقَاقِ مِنَ الْحَاضِنَاتِ. فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ مُسْتَحِقَّةٌ أَهْلٌ لِلْحَضَانَةِ ، فَلِوَلِيِّ الصَّغِيرِ أَخْذُهُ .

وَمَتَى زَالَ الْمَانِعُ ، يَعُودُ حَقُّ الْحَضَانَةِ لِلْحَاضِنَةِ الَّتِي سَقَطَ حَقُّهَا بِتَزَوُّجِهَا بِغَيْرِ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ (٢) .

* * *

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٧) : يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٥٥) : يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : أسباب سقوط الحضانة : تسقط الحضانة : إذا اختل شرط من شروطها (العقل ، البلوغ ، الاستقامة ، القدرة على تربية المحضون وصيانته ، السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب) .

إذا كان لغير الحاضن الأولوية في الترتيب على غيره طبقًا للفصل (٩٩) من مدونة الأحوال الشخصية .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٥) يشترط في الحاضن ما يلي :

أ - البلوغ . ب - العقل . ج - الأمانة .

د - القدرة على تربية المحضون ، والمحافظة عليه ، ورعايته بما يحقق مصلحته.

هـ - السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة .

و - أن يكون ذا رحم محرم للمحضون في حالة اختلاف الجنس .

(٢) جاء في البدائع : يشترط في الحاضنة أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة ، وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله =

٢٠٢١ - ويعلم من الشرط السابع ، وهو ألا تكون متزوجة بغير رحم محرم للصغير أنها إذا تزوجت بأجنبي منه سقط حقها في الحضانة وانتقل إلى من يليها فإن لم توجد امرأة أهل للحضانة بأن لم توجد حاضنة أصلًا أو وجدت ولكنها لم تكن مستوفية لشروط الحضانة فعلى ولي الولد أخذه وتربيته لأنه أقرب الناس إليه .

٢٠٢٢ - نعم إذا زال المانع من أهلية الحضانة بأن كانت الأم متزوجة ثم طلقت وانقضت عدتها أو كانت مجنونة ثم أفاقت عاد حق الحضانة ثانيا ؛ لأن المانع قد زال فيعود الممنوع وهو حق الحضانة ، وبعبارة أخرى لأن علة السقوط قد زالت فيزول هو أيضًا لأن المعلول يدور مع علته وجودًا وعدمًا .

(مادة ٣٨٣)

حَقُّ الحَضَانَةِ يُسْتَفَادُ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ ، فَيُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ مِنْ جِهَتِهَا ، وَيُقَدَّمُ المُدْلِي بِالأُمِّ عَلَى المُدْلِي بِالأَبِ عِنْدَ اتِّحَادِ المَرْتَبَةِ قُرْبًا .

فَإِذَا مَاتَتِ الأُمُّ أَوْ تَزَوَّجَتْ بِأَجْنَبِيٍّ أَوْ لَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ ، يَنْتَقِلُ حَقُّهَا إِلَى أُمِّهَا .

= إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ : « أنت أحق به منه ما لم تنكحي » . وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : طلق عمر ﵁ أم ابنه عاصم ﵁ فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفعا إلى أبي بكر الصديق ﵁ فقضى أبو بكر ﵁ بعاصم بن عمر ﵄ لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال : إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج ، وذلك بمحضر من الصحابة ﵃ ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب ؛ لأنه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ، ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة ؛ لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت ، ومنها : عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع ، وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج ، قال : يضعه القاضي حيث شاء ؛ لأنه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر ؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فأما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة ؛ لأنهما استفادتا الولاية بالعتق ، وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام ؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظرًا للصغير وإنه لا يختلف بالإسلام والكفر ، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم ؛ كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الأصل لما قلنا وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي يقول : إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا سقط حقها ؛ لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما » .

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَوْ كَانَتْ لَيسَتْ أَهْلاً لِلْحَضَانَةِ ، تَنتَقِل إِلَى أُمِّ الأَبِ وَإِنْ عَلَتْ عِنْدَ عَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْقُرْبَى ، ثُمَّ لأَخَوَاتِ الصَّغِيرِ وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ الشَّقِيقَةُ ، ثُمَّ الأُخْتُ لأُمٍّ ، ثُمَّ الأُخْتُ لأَبٍ ، ثُمَّ لِبَنَاتِ الأَخَوَاتِ بِتَقْدِيمِ بِنْتِ الأُخْتِ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأُمٍّ ، ثُمَّ لِخَالاَتِ الصَّغِيرِ وَتُقَدَّمُ الْخَالَةُ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الخَالَةُ لأُمٍّ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ لِبِنْتِ الأُخْتِ لأَبٍ ، ثُمَّ لِبَنَاتِ الأَخِ كَذَلِكَ ، ثُمَّ لِعَمَّاتِ الصَّغِيرِ بِتَقْدِيمِ الْعَمَّةِ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لأُمٍّ ، ثُمَّ لأَبٍ ، ثُمَّ خَالَةِ الأُمِّ كَذَلِكَ ، ثُمَّ خَالَةِ الأَبِ كَذَلِكَ ، ثُمَّ عَمَّاتِ الأُمَّهَاتِ وَالآبَاءِ بِهَذَا التَّرْتِيبِ [1] .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤١/٤ ، ٤٢) : « وأما بيان من له الحضانة ، فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت ، والأصل فيها النساء ؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال ؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر ولكل واحد منهما شرط ، فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما ، أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة ؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب ، فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم ؛ لأنه لا أقرب منها ثم أم الأم ثم أم الأب ؛ لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحداهما من قبل الأم أولى . وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى ؛ لأنها تكون أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى من الأخت ؛ لأن لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق ، وأولى الأخوات الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ؛ لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الأخت لأم بقرابة الأب وترجح الأخت لأم ؛ لأنها تدلي بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب .

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى ، روي عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى ، وهو قول محمد وزفر . وروي عنه في كتاب الطلاق أن الأخت لأب أولى ، وجه الرواية الأولى ما روي أن بنت حمزة لما رأت عليًا ﷺ تمسكت به وقالت : ابن عمي فأخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد ابن حارثة ﷺ ، فقال ﷺ : بنت عمي وقال جعفر : بنت عمي وخالتها عندي ، وقال زيد بن حارثة ﷺ : بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله ، فقضى رسول الله ﷺ بها لخالتها وقال ﷺ : « الخالة والدة » فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الأخرى أن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى وبنت الأخت لأب وأم أولى من الخالة ؛ لأنها من ولد الأبوين وكذا بنت الأخت لأم ؛ لأنها من ولد الأم والخالة ولد الجد ، وكذا بنت الأخت لأب أولى من الخالة على الرواية الأخيرة ؛ لأنها من ولد الأب ، والخالة ولد الجد فكانت أولى .

وأما على الرواية الأولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها ؛ لأنها تتقدم على أمها وهي الأخت لأب فلأن تتقدم على بنتها - وهي أبعد من أمها - أولى ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن الأخ لا حق له في الحضانة ، والأخت لها حق فيها فكان ولد الأخت أولى والخالات أولى من بنات الأخ ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الأم ؛ فكانت الخالة أولى ، وبنات الأخ أولى من العمات ، وإن كانت كل واحدة =

= منهما أعني : بنت الأخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الأخ أقرب ؛ لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد فكانت بنت الأخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب ؛ لأن الخالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق ، وأولى الخالات الخالة لأب وأم ؛ لأنها تدلي بقرابتين ثم الخالة لأم لإدلائها بقرابة الأم ثم الخالة لأب ثم العمات ، وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق أن أم الأب أولى من الخالة في قول أبي يوسف وقال زفر : الخالة أولى ، وجه قول زفر قول النبي ﷺ : « الخالة والدة » وجه قول أبي يوسف أن أم الأب لها أولاد والولاية في الأصل مستفادة بالولاد ، وأولى العمات العمة لأب وأم ؛ لأنها تدلي بقرابتين ثم العمة لأم لاتصالها بجهة الأم ثم العمة لأب . وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم ، والله أعلم .

ومنها : عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع ، وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج ، قال : يضعه القاضي حيث شاء ؛ لأنه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر ؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية ، وهما ليستا من أهل الولاية فأما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة ؛ لأنهما استفادتا الولاية بالعتق ، وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام ؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظرًا للصغير وإنه لا يختلف بالإسلام والكفر ، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم ؛ كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الأصل لما قلنا وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي يقول : إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا ؛ سقط حقها ؛ لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلي على المنهاج (٤/٩٠ ، ٩١) : « (الحضانة حفظ من لا يستقل) بأموره (وتربيته) بما يصلحه (والإناث أليق بها) لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها (وأولاهن أم) لوفور شفقتها (ثم أمهات) لها (يدلين بإناث) لأنهن يشاركنها في الإرث والولادة (يقدم أقربهن فأقربهن) (والجديد يقدم بعدهن أم أب ثم أمهاتها المدليات بإناث ثم أم أبي أب كذلك) . أي ثم أمهاتها المدليات بإناث (ثم أم أبي جد كذلك) أي ثم أمهاتها المدليات بإناث يقدم من كل من الأمهات المذكورة القربى فالقربى وقدمت أمهات الأم على أمهات الأب لقوتهن في الإرث ؛ لأنهن لا يسقطن بالأب بخلاف أمهاته (والقديم) تقدم (الأخوات والخالات عليهن) ، أي على أمهات الأب والجد المذكورات ، وجه الجديد أنهن أقوى قرابة لأنهن يعتقن على الولد ، ووجه القديم أن الأخوات والخالات ، يدلين بالأم وهي مقدمة على الأب فكذا يقدم من يدلي بها على من يدلي به (وتقدم) جزمًا (أخت على خالة) لأنها أقرب منها (وخالة على بنت أخ و) بنت (أخت) لأنها تدلي بالأم بخلافهما (وبنت أخ و) بنت (أخت على عمة) كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم (وأخت من أبوين على أخت من أحدهما) بقوة قرابتها . (والأصح تقديم أخت من أب على أخت من أم) لقوة إرثها والثاني عكسه للإدلاء بالأم . (وخالة وعمة لأب عليهما لأم) لقوة جهة الأبوة والثاني عكسه رعاية لجهة الأمومة (وسقوط كل جدة لا ترث) وهي التي تدلي بذكر بين أنثيين كأم أبي الأم لإدلائها بمن لا حق له في الحضانة على الأصح ، والثاني لا تسقط لولادتها =

= وشمول أحكام الأصول لها في العتق ولزوم النفقة وغيرهما . لكن تتأخر عن جميع المذكورات لضعفها ، وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم تدلي بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم للأم ، (دون أنثى غير محرم كبنت خالة) وبنت عمة وبنتي الخال والعم ، أي الأصح لا تسقط بكونها غير محرم لشفقتها بالقرابة وهدايتها إلى التربية بالأنوثة ، والثاني تسقط لأن الحضانة تخرج إلى معرفة بواطن الأمور ، ويقع فيها الاختلاط التام ، فالاحتياط تخصيصها بالمحارم . (وتثبت) الحضانة (لكل ذكر محرم وارث) كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية ، (على ترتيب الإرث) حالة الاجتماع ، وقد تقدم كيفيته في بابه (وكذا غير محرم) وهو وارث (كابن عم) فإن له الحضانة (على الصحيح) لوفور شفقته بالولاية . (ولا تسلم إليه مشتهاة بل) تسلم (إلى ثقة يعينها) هو كبنته وغيرها ، والثاني لا حضانة له لانتفاء المحرمية (فإن فقد) في الذكر (الإرث والمحرمية) كابن الخال وابن العم (أو الإرث) دون المحرمية كالخال والعم للأم وأبي الأم (فلا) حضانة له . (في الأصح) لضعف قرابته ، والثاني له الحضانة لشفقته بالقرابة . (وإن اجتمع ذكور وإناث فالأم) تقدم (ثم أمهاتها) لما تقدم (ثم الأب وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم) لإدلائهما بالأم بخلاف الأخت للأب لإدلائها به وهو مقدم على أمهاته وبعدهن الجد أبوه ، وهو مقدم على أمهاته وبعدهن أبو الجد وهو مقدم على أمهاته ، (ويقدم الأصل) من ذكر أو أنثى على ما تقدم (على الحاشية) كالأخ وإن تقدم خلاف بتقديم الأخت . (فإن فقد) الأصل من الذكر والأنثى وهناك حواش (فالأصح الأقرب) ، فالأقرب منهم ، فتقدم الإخوة والأخوات على غيرهم كالخالة والعمة ، (وإلا) أي وإن لم يكن فيهم أقرب بأن استووا في القرب (فالأنثى) فتقدم الأخت على الأخ وبنت الأخ على ابن الأخ ، (وإلا) أي وإن لم يكن فيهم أنثى كأخوين وابني أخ . (فيقرع) فيقدم من خرجت قرعته على غيره ، ومقابل الأصح وجهان : أحدهما تقدم الإناث مطلقًا فتقدم العمة والخالة على الأخ والعم ، والثاني تقدم العصبات على غيرهم ، لقيامهم بالتأديب والتعليم فيقدم الأخ والعم على الأخت والخالة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٥٢٧/٢ ، ٥٢٨) : « (وللأب) وغيره من الأولياء (تعهده عند أمه ، وأدبه وبعثه للمكتب) ولو قال : لمعلم كان أخصر وأشمل (ثم) بعد الأم (أمها ثم) بعد أم الأم (جدة الأم) أي الجدة من قبل الأم الصادق بها من قبل أمها وأبيها ، وجهة الإناث مقدمة (إن انفردت) الأم أو الجدة (بالسكنى عن أم سقطت حضانتها) بتزويج أو غيره ، وكذا كل أنثى ثبتت حضانتها لا بد أن تنفرد بالسكنى عمن سقطت حضانتها (ثم الخالة) الشقيقة أو لأم (ثم خالتها) أي خالة الأم ، ويليها عمة الأم ، وقد أسقطها المصنف (ثم جدة الأب) أي الجدة من قبل الأب فيشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه ، والقربى تقدم على البعدى ، والتي من جهة أم الأب تقدم على التي من جهة أم أبيه (ثم) بعد الجدة من جهة الأب (الأب ثم الأخت) للمحضون (ثم العمة) له ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه (ثم) بعد خالة الأب (هل بنت الأخ) شقيقًا أو لأم أو لأب (أو) بنت (الأخت) كذلك (أو الأكفأ منهن) أي الأشد كفاية بالقيام بحال المحضون (وهو الأظهر) عند ابن رشد واختار ما قبله الرجراجي ، ومفاد نقل المواق أن الراجح الأول (أقوال) حقه تردد (ثم) الشخص (الوصي) الشامل للذكر والأنثى (ثم الأخ) للمحضون (ثم ابنه) أي ابن الأخ لكن يقدم عليه الجد من جهة الأب ، وهو يشمل ما قرب منها ، وما بعد فقد أسقطه المصنف أيضًا (ثم العم =

= ثم ابنه) قرب كل أو بعد ، ومعلوم أن الأقرب يقدم على الأبعد (لا جد لأم) فلا حضانة له عند ابن رشد (واختار) اللخمي (خلافه) أي أن له الحضانة ؛ لأن له حنانًا وشفقة وقد قدموا الأخ للأم على الأخ للأب والعم انتهى ، وعليه فمرتبته تلي مرتبة الجد للأب كما فهمه التتائي (ثم المولى الأعلى) وهو المعتق بكسر التاء وعصبته نسبًا ثم مواليه (ثم الأسفل) وهو المعتق بفتح التاء بأن كان عتيق والد المحضون أو جده ، أو عتيق المولى الأعلى بأن كان المولى الأعلى استحق الحضانة فمات فعتيقه يقوم مقامه (وقدم) الشخص (الشقيق) ذكرًا أو أنثى على الذي للأم (ثم) الذي (للأم ثم) الذي (للأب في الجميع) أي جميع المراتب التي يمكن فيها ذلك (و) قدم (في المتساويين) من رجال كعمين ونساء كخالتين (بالصيانة والشفقة) فإن تساويا فيهما قدم الأسن فإن تساويا فبالقرعة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٥/٨ ، ١٩٦) : « (فإن لم تكن أم ، أو تزوجت الأم ، فأم الأب أحق من الخالة) في هذه المسألة : فصلان : (٦٥٤٦) **الفصل الأول** : أن الأم إذا تزوجت ، سقطت حضانتها قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن ، أنها لا تسقط بالتزويج ونقل مهنا عن أحمد : إذا تزوجت الأم ، وابنها صغير ، أخذ منها قيل له : فالجارية مثل الصبي ، قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام ووجه ذلك ما روي ، أن عليًا وجعفرًا وزيد ابن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة وقال جعفر : بنت عمي ، وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ : « الخالة أم » وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانة وهي مزوجة والرواية الأولى هي الصحيحة قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « أنت أحق به ما لم تنكحي » ولأنها إذا تزوجت ، اشتغلت حقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحظ له ، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة فأما بنت حمزة ، فإنما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى ، وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة ، كالجدة تكون متزوجة للجد ، لم تسقط حضانتها ؛ لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة ، وأحدهما متزوج للأم ، أو الخالة ، فهو أحق ، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا ، وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة ، قدم بها لذلك وظاهر قول الخرقي ، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك ؛ لأن به تشتغل عن الحضانة ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي » وقد وجد النكاح قبل الدخول ، ولأن بالعقد يملك منافعها ، ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها ، كما لو دخل بها .

الفصل الثاني : أن الأم إذا عدمت ، أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، واجتمعت أم أب وخالة ، فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك ، وأبي ثور وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب فعلى هذا ، يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم ؛ =

= لأنها تدلي بأم ، وأم الأب تدلي به ، فقدم من يدلي بالأم ، كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها ، وقال : « الخالة أم » .
ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، فقدمت على الخالة ، كأم الأم ، ولأن لها ولادة ووراثة ، فأشبهت أم الأم فأما الحديث ، فيدل على أن للخالة حقًّا في الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم : تدلي بأم قلنا : لكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا ، متى وجدت جدة وارثة ، فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها ؛ لفضيلة الولادة والوراثة ، فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها ؛ لأنها تدلي بأبي الأم ، ولا حضانة له ، ولا من أدلى به .
فصل : فإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأم الأم أحق ، وإن علت درجتها ؛ لأن لها ولادة ، وهي تدلي بالأم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها ، كتقديم الأم على الأب وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس قول الخرقي ؛ لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب ، دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلي بعصبة ، مع مساواتها للأخرى في الولادة فوجب تقديمها ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب ؛ لأنها أنثى تلي الحضانة بنفسها ، فكذلك أمه ، فإنها أنثى تلي بنفسها ، فقدمت لما ذكرناه . (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم ، وأحق من الخالة) وجملته أنه إذا عدم من يستحق الحضانة ، من الآباء والأمهات وإن علوا ، انتقلت إلى الأخوات ، وقدمن على سائر القرابات ، كالخالات والعمات وغيرهن ؛ لأنهن شاركن في النسب ، وقدمن في الميراث ، ولأن العمات والخالات إنما يدلين بإخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة ، فالمدلي إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق ، فكان أولى ، وأولى الأخوات من كان لأبوين ، لقوة قرابتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ، وهو قول المزني ، وابن سريج لأنها أدلت بالأم ، فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب وقال ابن سريج : تقدم الخالة على الأخت من الأب ؛ لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان .
ولنا : أن الأخت من الأب أقوى في الميراث ، فقدمت ، كالأخت من الأبوين ، ولا تخفى قوتها ، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، وما ذكروه من الإدلاء لا يلزم ؛ لأن الأخت تدلي بنفسها ؛ لكونهما خلقا من ماء واحد ، ولهما تعصيب ، فكانت أولى والله أعلم .
(وخالة الأب أحق من خالة الأم) وجملته أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويقدمن على العمات ، نص عليه أحمد ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات ؛ لأنه قدم خالة الأب ، وهي أخت أمه ، على خالة الأم ، وهي أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ، ولأنهن يدلين بعصبة ، فقدمن ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وقال القاضي : مراد الخرقي بقوله : خالة الأب أي الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ؛ لأن الخالات أخوات الأم ، فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات ، وكذلك الحكم في العمات المفترقات ، فإن قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضن فالعمات بعدهن ، وإن قلنا بتقديم العمات ، فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن ، انتقلت إلى خالات الأب ، على قول الخرقي ، وعلى القول الآخر ، =

٢٠٢٣ – وبما أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة ، والأم أوفر الناس شفقة على الولد يكون حق الحضانة مستفادًا من جهتها .

٢٠٢٤ – وينبني على ذلك : تقديم الأقرب فالأقرب بالنسبة إليها ، وإن من كان مدليًا للصغير من جهة الأم أحق ممن كان منتسبًا إليه من جهة الأب فإذا كانت الأم موجودة وهي أهل للحضانة قدمت على غيرها فإن لم تكن موجودة أو كانت ولكنها فقدت شرطًا من شرائط الحضانة كأن اشتغلت بأمر يترتب عليه ضياع الولد أو تزوجت بغير رحم محرم له انتقل حق الحضانة إلى أمها ثم أم أمها وإن علت على الترتيب ، وقد أجمع على ذلك الصحابة لما روي أن عمر ﷺ طلق زوجته جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ سيدنا عمر ابنه عاصمًا فأدركته أم جميلة وأخذته فترافعا إلى أبي بكر الصديق ﷺ فقال لعمر : خل بينه وبينها وإن ريقها خير له من عسل وشهد عندك يا عمر . فسلمه لها وكان ذلك بحضور الصحابة فإن لم توجد جدة لأم أو وجدت غير أهل ، فالجدة لأب وإن علت أولى من غيرها ما دامت مستوفية شرائط الحضانة .

٢٠٢٥ – فإن لم توجد جدة أو وجدت غير أهل انتقل حق الحضانة إلى الأخوات وهن أولى من الخالات والعمات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الجد أو الجدات .

٢٠٢٦ – وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنهما قد اشتركا في الأخوة لأم وترجحت الشقيقة بقرابتها من جهة الأب فإن لم توجد شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة للأخت لأم فإن لم توجد أخت لأم أو وجدت ولكن لم تكن أهلًا للحضانة ينتقل الحق إلى الأخت لأب .

٢٠٢٧ – وقال بعضهم : الخالة أولى منها لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب ولأن النبي ﷺ قال : « **الخالة والدة** » [1] .

٢٠٢٨ – وهذا لا يدل لأن تقديم المدلي بالأم على المنتسب بالأب إنما يكون عند اتحاد الدرجة ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « **الخالة والدة** » . إنما يفيد أصل ثبوت الحضانة لا أنها أولى من غيرها فإن لم توجد إحدى المذكورات ينتقل حق الحضانة إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب وبعد

= إلى خالات الأم وهل يقدم خالات الأب على عماته ، على وجهين : بناء على ما ذكرنا في الخالات والعمات ، فأما عمات الأم ، فلا حضانة لهن ؛ لأنهن يدلين بأبي الأم ، وهو رجل من ذوي الأرحام ، لا حضانة له ، ولا لمن أدلى به » .

(١) مسند أحمد (٩٨/١) .

ذلك يكون الحق لبنت الأخت لأب .

٢٠٢٩ - وقال بعضهم : تقدم بنت الأخت لأب على الخالات .

٢٠٣٠ - والصحيح الأول لأن قرابة الخالات من جهة الأم ثم بنت الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب .

٢٠٣١ - وإنما قدمت بنات الأخوات على بنات الإخوة لأن الأخت مقدمة في الحضانة على الأخ فكان المدلي بها أولى وبعد بنات الإخوة يكون الحق لعمات الصغير وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأم لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء على هذا الترتيب .

٢٠٣٢ - وإذا اجتمع عدد ممن له حق الحضانة في درجة ، فالأحق أورعهن ثم أكبرهن فإن استوين في الأحقية من كل جهة فالرأي للقاضي (١) .

(مادة ٣٨٤)

إِذَا فُقِدَتِ المَحَارِمُ مِنَ النِّسَاءِ أَوْ وُجِدَتْ وَلَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ ، تَنْتَقِلُ لِلْعَصَبَاتِ بِتَرْتِيبِ الإِرْثِ .

فَيُقَدَّمُ : الأَبُ ، ثُمَّ الجَدُّ ، ثُمَّ الأَخُ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الأَخُ لأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الأَخِ الشَّقِيقِ ، ثُمَّ

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٨) : زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

المادة (١٤١) : يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : سقوط الحضانة : المادة (١٥٦) : عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

المادة (١٥٨) : عودة الحضانة : يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه ما لم تكن وصيًا أو مرضعًا لم يقبل غيرها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٦) مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٧) مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في الرجل الحاضن ما يلي :

أ - أن يكون متحدًا مع المحضون في الدين .

ب - أن يكون مع الحاضن قريبة تصلح للقيام بواجب الحضانة .

بَنُو الأَخِ لأَبٍ ، ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْعَمُّ لأَبٍ .

فَإِذَا تَسَاوَى الْمُسْتَحِقُّونَ لِلحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، يُقَدَّمُ أَصْلَحُهُمْ ، ثُمَّ أَوْرَعُهُمْ ، ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ سِنًّا .

وَيُشْتَرَطُ فِي الْعَصَبَةِ اتِّحَادُ الدِّينِ ، فَإِذَا كَانَ لِلصَّبِيِّ الذِّمِّيِّ أَخَوَانِ أَحَدُهُمَا مُسْلِمٌ وَالآخَرُ ذِمِّيٌّ ، يُسَلَّمُ لِلذِّمِّيِّ لا لِلْمُسْلِمِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٤٣/٤) : « وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب فالأقرب الأب ثم الجد أبوه ، وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب ، إن كان الصبي غلامًا وإن كانت جارية فلا تسلم إليه ؛ لأنه ليس بمحرم منها ؛ لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤمن عليها . وأما الغلام فإنه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب ، ولو كان لها ثلاثة إخوة كلهم على درجة واحدة بأن كانوا كلهم لأب وأم أو لأب ، أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة ؛ فأفضلهم صلاحًا وورعًا أولى فإن كانوا في ذلك سواء ؛ فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع ؛ لأن الولاية في هذه الحالة إليه فيراعي الأصلح فإن رآه أصلح ؛ ضمها إليه وإلا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء ، فلا حق له في الولد مثل الأخ لأم والخال وأبي الأم لانعدام العصوبة ، وقال محمد : إن كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه ؛ جعلها القاضي عند الخال ؛ لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والأخ من الأب أحق من الخال ؛ لأنه عصبة وهو أيضًا أقرب ؛ لأنه من أولاد الأب والخال من أولاد الجد ، وذكر الحسن بن زياد أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبي الأم ؛ لأنه عصبته والأخ لأب أولى من العم وكذلك ابن الأخ ؛ لأنه أقرب فإن لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فإن الأم أولى من الخال والأخ لأم ؛ لأن لها ولادًا وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام . ومنها : إذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته ؛ لم يكن له فيها حق ؛ لأن في كفالته لها ضررًا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها ؛ لا تسلم إليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وإن كانت بكرًا . ومنها : اتحاد الدين فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال : هذا قول أبي حنيفة وقياسه ؛ لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب ، وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلمًا والآخر يهوديًّا والصبي يهودي : إن اليهودي أولى به ؛ لأنه عصبة لا المسلم » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩٣/٥ ، ١٩٤) : « شرع في القسم الثاني ، وهو محض الذكور ، وهم أربعة أصناف : محرم وارث ، ووارث غير محرم ، ومحرم غير وارث ، وليس بمحرم ولا وارث مبتدئًا بأولها ، فقال : (وتثبت) الحضانة (لكل ذي محرم وارث) كالأب والجد وإن علا ، والأخ لأبوين أو لأب ، =

= والعم كذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية (على ترتيب الإرث) عند الاجتماع ، فيقدم أب ، ثم جد وإن علا ، ثم أخ شقيق ، ثم لأب ، وهكذا ، فالجد هنا مقدم على الأخ ، فلو قال المصنف على ترتيب ولاية النكاح لكان أولى (وكذا) ذكر وارث (غير محرم كابن عم) فإن له الحضانة (على الصحيح) لوفور شفقته بالولاية ، والثاني لا لفقد المحرمية ، وهذا هو الصنف الثاني . فإن قيل : كلامه يشمل المعتق فإنه وارث غير محرم مع أنه لا حضانة له . أجيب : بأن تمثيله بابن العم فيه إشارة إلى اعتبار القرابة في الحاضن (ولا تسلم إليه مشتهاة) حذرًا من الخلوة المحرمة (بل) تسلم (إلى ثقة يعينها) بضم المثناة التحتية الأولى وتشديد التحتية الثانية من التعيين لا بتخفيفها من المعونة ولو بأجرة من ماله ؛ لأن الحق له في ذلك ، وإنما كان التعيين إليه لأن الحضانة له ، ويفارق ثبوت الحضانة له عليها عدم ثبوتها لبنت العم على الذكر بأن الرجل لا يستغني عن الاستنابة بخلاف المرأة ، ولاختصاص ابن العم بالعصوبة والولاية والإرث ، فإن كان له بنت مثلًا يستحي منها على ما مر في العدد جعلت عنده مع بنته . نعم إن كان مسافرًا وبنته معه لا في رحله سلمت إليها لا له كما لو كان في الحضر ولم تكن بنته في بيته ، وبهذا يجمع بين كلامي الكتاب وأصله والروضة وأصلها حيث قالوا في موضع : تسلم إليه ، وفي آخر تسلم إليها . قال الإسنوي : ويعتبر كونها ثقة ، وتبعه الزركشي . قال : وما يتوهم من أن غيرتها على قرابتها وأبيها تغني عن ذكر مردود ، ولتفاوت الناس في ذلك ، فاعتبرت الشفقة حسمًا للباب . تنبيه : افهم كلامه أنه يتسلم الذكر مطلقًا المشتهى وغيره ، وهو قضية كلام الروضة ، وصرح به ابن الصباغ ، وصوب الزركشي عدم تسليم المشتهى إليه » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٤/٢١٠) : « ثم الوصي أي ثم مرتبة الوصي مقدمة على مرتبة العصبة في الإناث الصغار وفي الذكور مطلقًا ، وله حضانة الإناث الكبار ذوات المحارم فإن لم يكن له ذوات محارم فهل له الحق في حضانتهن . ابن عرفة ؛ وينبغي أن يكون خلافًا في حال فإن ظهرت أمارة الشفقة فهو أحق وإلا فلا ، ومراد المؤلف بالوصي ما يشمل مقدم القاضي والظاهر أن وصي الوصي كهو وربما يفيده ما مر في الكلام على أولياء النكاح . ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه لا جد لأم واختار خلافه أي فإن لم يكن وصي ولا أحد ممن ذكر قبله أو كان وسقط حقه من الحضانة فإن الأخ مقدم ويستحق الحضانة ويقدم الشقيق على غيره كما يأتي ثُمَّ بعد الأخ الجد أبو الأب ثم بعده ابن الأخ ثم بعده عم المحضون فإن لم يكن فابن عم المحضون وأما الجد من جهة الأم فإنه لا يستحق الحضانة نص عليه ابن رشد واختار اللخمي خلاف هذا وأن له حقًا في الحضانة لأن له حنانًا وشفقة وتغلظ الدية عليه ، وقد قدموا الأخ للأم على الأخ للأب والعم مع عصوبتهما . على المولى الأعلى ثم الأسفل أي ثم يلي مرتبة العم وابنه وهما آخر عصبة النسب المولى الأعلى وهو المعتق بكسر التاء وعصبته من موالي النسب ثم المولى الأسفل على المشهور ومذهب المدونة وهو المعتق بفتح التاء وصورته إنسان انتقل إليه حضانة وهو مولى أعلى فوجد قد مات وله عتيق فإن الحضانة تنتقل لعتيقه ، وانظر هل لعصبة الأسفل نسبًا حضانة أم لا .

وقدم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع يعني أن جميع ما مر من مراتب الحضانة الشقيق ذكرًا أو أنثى يقدم فيها على الذي للأم ويقدم على الذي للأب فإن تعذر الأقرب فإن الحضانة يستحقها بعده من هو أدنى منه مرتبة ولا ينتقل الحق للسلطان ، وقوله في الجميع أي في جميع المراتب التي يدخلها الشقاقة وعدمها احترازًا =

٢٠٣٣ - ومما تقدم يعلم أن حق الحضانة يثبت أولًا للنساء اللاتي هن أقارب للصغير . فإن لم توجد حاضنات أو وجدن ولكن لسن أهلًا لها ، يكون الحق في الحضانة للعصبات على ترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب وإن سفل ثم العم لأبوين ثم العم لأب .

٢٠٣٤ - فإن تعدد المستحقون للحضانة وطلب كل منهم ضم الصغير إليه قدم أصلحهم ، فإن تساووا في الأصلحية قدم أورعهم وهو من يترك الشبهات خوفًا من الوقوع في المحرمات فإن استووا في الأورعية فأكبرهم سنًا أحق بالحضانة .

٢٠٣٥ - وينبغي أن يلاحظ أنفعهم للصغير فإنه أولى وإن تساووا من جميع الجهات فالرأي للقاضي .

٢٠٣٦ - ويشترط في العصبات اتحاد الدين فإذا كان الصغير ذميًا وله أخوان مسلمٌ وذمي فحق الحضانة للذمي دون المسلم ، وكذا إذا كان الصبيُّ مسلمًا وله أخوان مسلمٌ وذمي فالمسلم هو الذي له حق الحضانة . وإنما اشترط هنا اتحاد الدين لأن حق الحضانة بالنسبة إلى العصبات مبنيٌّ على استحقاق الإرث ولا إرث مع الاختلاف دينًا فلا حضانة .

٢٠٣٧ - وإذا كان العاصب المسلم فاسقًا يخشى على الولد منه أو كان متصفًا

= من الأب والجد والوصي والمولى ونحوهم . وفي المتساويين بالصيانة والشفقة يعني أنه قد تقدم أن الشقيق يقدم على غيره إذا اختلفت المرتبة فإن اتحدت كمعتقين وعمين مثلًا فيقدم من هو أقوى شفقة وحنانًا على المحضون ويقدم الأسن على غيره لأنه أقرب إلى الصبر والرفق من غيره ، فإن تساويا فالظاهر القرعة فإن كان في أحدهما صيانة وفي الآخر شفقة فالظاهر تقديم ذي الشفقة كما يفيده كلام الرجراجي » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٦/٨) : « وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة ، وأولاهم الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم وهذا قول الشافعي وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الآباء والأجداد ؛ لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم يكن لهم حضانة ، كالأجانب ولنا ، أن عليًا وجعفرًا اختصما في حضانة ابنة حمزة ، فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولأن لهم ولايةً وتعصيبًا بالقرابة ، فتثبت لهم الحضانة ، كالأب والجد ، وفارق الأجانب ؛ فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجانب تساووا في عدم القرابة ، فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم ، أو غيرهما ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعًا ، إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعًا ؛ لأنه ليس بمحرم لها » .

بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشئونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الحق إلى من يليه من العصبات إن كان وإلا فإلى ذي رحم محرم (١) .

(مادة ٣٨٥)

إِذَا لَمْ تُوجَدْ عَصَبَةٌ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْحَضَانَةِ أَوْ وُجِدَ مَنْ لَيْسَ أَهْلًا لَهَا بِأَنْ كَانَ فَاسِقًا أَوْ مَعْتُوهًا أَو غَيْرَ مَأْمُونٍ ، فَلا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ الْمَحْضُونَةُ ، بَلْ تُدْفَعُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ .

وَيُقَدَّمُ : الْجَدُّ لأُمٍّ ، ثُمَّ الأَخُ لأُمٍّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ، ثُمَّ الْعَمُّ لأُمٍّ ، ثُمَّ الْخَالُ لأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْخَالُ لأَبٍ ، ثُمَّ الْخَالُ لأُمٍّ .

وَلَا حَقَّ لِبَنَاتِ الْعَمِّ وَالْعَمَّةِ وَالْخَالِ وَالْخَالَةِ فِي حَضَانَةِ الذُّكُورِ ، وَلَهُنَّ الْحَقُّ فِي حَضَانَةِ الإِنَاثِ .

وَلَا حَقَّ لِبَنِي الْعَمِّ وَالْعَمَّةِ وَالْخَالِ وَالْخَالَةِ فِي حَضَانَةِ الإِنَاثِ، وَإِنَّمَا لَهُمْ حَضَانَةُ الذُّكُورِ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلأُنْثَى الْمَحْضُونَةِ إِلا ابْنُ عَمٍّ ، فَالاخْتِيَارُ لِلْحَاكِمِ، إِنْ رَآهُ صَالِحًا ضَمَّهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَّا سَلَّمَهَا لامْرَأَةٍ ثِقَةٍ أَمِينَةٍ .

* * *

٢٠٣٨ - فإن لم يوجد أحد من العصبات المتقدمين انتقل حق الحضانة إلى غيرهم من الأقارب على الترتيب الآتي فيقدم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابنه ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٣٩) : ١ - حق الحضانة للأم ، فلأمها وإن علت ، فلأم الأب وإن علت ، فللأخت الشقيقة ، فللأخت لأم ، فللأخت لأب ، فلبنت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم فبنت الأخت لأب ، فللخالات ، فللعمات ، بهذا الترتيب ، ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث .
٢ - لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة .
٣ - للحاضن أمًا كانت أو جدة لأم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتهما بوثيقة من أمانة السجل المدني ويقرر أيضًا للصغير نفقة مؤقتة على من يراه مكلفًا بها ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوبًا أو مقدارًا أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للتظلم من هذا القرار وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم .

٢٠٣٩ - فقد علم مما تقدم أن حق الحضانة يثبت لذي الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون مذكرًا أو مؤنثًا فإن كان القريب رحمًا غير محرم فإما أن يتحد الحاضن والمحضون في الذكورة والأنوثة أو يختلفا فيها . فإن اتحدا ثبت هذا الحق ، وإن اختلفا لم يثبت .

٢٠٤٠ - وينبني على ذلك : أنه لا حق لأبناء العم ونحوهم من كل رحم غير محرم كأبناء الأخوال والخالات في حضانة الإناث كما لا حق لبنات الأعمام ونحوهن في حضانة المذكرين ، فإذا لم يكن للصغير رحم محرم فأمره مفوض لرأي القاضي ، إن شاء سلم الأنثى لابن عمها إذا رآه أهلًا لذلك وإن شاء سلمها لأمينة يثق بها ويعتقد أنها تحفظها وتقوم بشئونها خير قيام .

٢٠٤١ - ويسلم المذكر لبنت عمه إن وثق بها ، وإلا فيسلمه لأمين يثق به (١) .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري** : المادة (١٨٩) الحضانة واجبة على الأبوين معًا ما دامت الزوجية قائمة بينهما ، فإن افترقا ثبت حق الحضانة لمن يأتي :

أ - الأم ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ثم الأب ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ثم الجد وإن علا ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم للخالات الأقرب فالأقرب ثم للعمات الأقرب فالأقرب ثم خالات الأبوين الأقرب فالأقرب ثم عمات الأب ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات ثم بنات الأعمام وبنات العمات ثم بنات عمات الأب .

ب - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (أ) انتقل حق الحضانة إلى العصبات، وفقًا لترتيبهم في استحقاق الإرث .

ج - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (ب) يصار إلى ذي رحم محرم من ذوي أرحام المحضون الأقرب فالأقرب .

د - إذا تعذر وجود حاضن من محارم المحضون أو متزوج من محارمه فللمحكمة ضم المحضون إلى المستحق من غير جنسه ، أو إلى امرأة أمينة موثوق بها .

هـ - إذا تساوى مستحقو الحضانة في درجة واحدة ، يقدم أصلحهم للحضانة ثم أكثرهم ورعًا فإن تساوى المستحقون في الصلاحية والورع ، قدم أكبرهم سنًا .

و - للقاضي نقل حق الحضانة من مستحق أقرب إلى مستحق أبعد عند تنازعهما ، إذا كان ذلك في مصلحة المحضون .

المادة (١٩٠) يراعي القاضي عند تقدير مصلحة المحضون ما يلي :

أ - الأفضلية في الشفقة على المحضون ، وفي الأمانة والقدرة على تربية المحضون .

ب - مدى القدرة على توفير البيئة الصالحة لنشأة المحضون ، وحفظه من الانحراف .

ج - القدرة على توفير أفضل سبل العلاج والتعليم والإعداد للمستقبل .

د - القدرة على إعداد المحضون بما ينفعه من أخلاق وعادات عند بلوغه سن الاستغناء عن حضانة النساء .

هـ - المميزات الأخرى التي تعود بنفع محقق للمحضون .

(مادة ٣٨٦)

إِذَا امْتَنَعَتِ الْحَاضِنَةُ عَنِ الْحَضَانَةِ ، فَلَا تُجْبَرُ عَلَيْهَا ، إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَتْ لَهَا ، بِأَنْ لَمْ يُوجَدْ لِلطِّفْلِ حَاضِنَةٌ غَيْرُهَا مِنَ الْمَحَارِمِ ، أَوْ وُجِدَتْ مَنْ دُونَهَا وَامْتَنَعَتْ ، فَحِينَئِذٍ تُجْبَرُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ أَجْنَبِيٌّ (١) .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤١/١) : « أحق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح أو بعد الفرقة الأم ، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة غير مأمونة كذا في الكافي . سواء لحقت المرتدة بدار الحرب أم لا ، فإن تابت فهي أحق به كذا في البحر الرائق . وكذا لو كانت سارقة أو مغنية أو نائحة فلا حق لها هكذا في النهر الفائق . ولا تجبر عليها في الصحيح لاحتمال عجزها إلا أن يكون له ذو رحم محرم غيرها فحينئذ تجبر على حضانته كي لا يضيع بخلاف الأب حيث يجبر على أخذه إذا امتنع بعد الاستغناء عن الأم كذا في العيني شرح الكنز ، وإن لم يكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل واحدة ، وإن علت ، فإن لم يكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها ، وإن علت ، كذا في فتح القدير .

ذكر الخصاف في النفقات إن كانت للصغيرة جدة من قبل أبيها وهي أم أبي أمها فهذه ليست بمنزلة من كانت من قرابة الأم من جهة أمها كذا في البحر الرائق ، فإن ماتت أو تزوجت فالأخت لأب وأم ، فإن ماتت أو تزوجت فالأخت لأم ، فإن ماتت أوتزوجت فبنت الأخت لأب وأم ، فإن ماتت أو تزوجت فبنت الأخت لأم لا تختلف الرواية في ترتيب هذه الجملة إنما اختلفت الروايات بعد هذا في الخالة والأخت لأب ففي رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة وفي رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى وبنات الأخوات لأب وأم أو لأم أولى من الخالات في قولهم ؛ واختلفت الروايات في بنات الأخت لأب مع الخالة ؛ والصحيح أن الخالة أولى ، وأولى الخالات الخالة لأب وأم ، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، وبنات الإخوة أولى من العمات ، والترتيب في العمات على نحو ما قلنا في الخالات كذا في فتاوى قاضي خان ، ثم يدفع إلى خالة الأم لأب وأم ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب . وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ، ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب ، كذا في فتح القدير . والأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، كذا في الاختيار شرح المختار . بنات العم والخال والعمة والخالة لا حق لهن في الحضانة كذا في البدائع . وإنما يبطل حق الحضانة لهؤلاء النسوة بالتزوج إذا تزوجن بأجنبي ، فإن تزوجن بذي رحم محرم من الصغير كالجدة إذا كان زوجها جدًّا لصغير أو الأم إذا تزوجت بعم الصغير لا يبطل حقها كذا في فتاوى قاضي خان . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت وإذا كان الطلاق رجعيًّا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية كذا في العيني شرح الكنز . ولو تزوجت الأم بزوج آخر وتمسك الصغير معها أو الأم في بيت الراب فللأب أن يأخذه منها » .

٢٠٤٢ - فقد علم أن المستحقين للحضانة ليسوا في درجة واحدة ولكن لم يعلم لنا حكم ما إذا امتنعت من هي أولى بالحضانة عن ضم الصغير إليها هل تجبر على ضمه أو لا .

٢٠٤٣ - وقد اختلف العلماء في هذا الحكم ، فقال بعضهم : تجبر عليها مطلقًا سواء وجد من يضمه من الحاضنات أو لا .

٢٠٤٤ - وقال آخرون : لا تجبر عليها إذا وجد غيرها من الحاضنات ورضي بها فإذا لم يوجد من الحاضنات من يربيه تجبر على أخذه كيلا يضيع الولد فيجب عليها تربيته إحياءً لنفسه .

٢٠٤٥ - وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في حق الحضانة هل هو حق للصغير أو حق للحاضنة .

٢٠٤٦ - فمن قال : إنه حق للصغير يرى إجبارها إذا امتنعت لأنها أبت أن تقوم بأمر واجب عليها ، ومن امتنع عن القيام بالواجب عليه يجبر . ومن قال : إنه حق الحاضنة . رأى عدم إجبارها إلا إذا دعت الضرورة لذلك بأن لم يوجد غيرها ممن له حق الحضانة أو وجد وامتنع .

٢٠٤٧ - ورأى بعض المحققين أن حق الحضانة ثابت للصغير والحاضنة معًا ، ولذلك كانت الأم في المرتبة الأولى ولها أن تطالب بأخذ الصغير ولا تجبر على أخذه إذا أبت ولم يترتب على ذلك ضياع الولد بأن وجد من يكفله غيرها من بقية الحاضنات .

٢٠٤٨ - فإذا ترتب على امتناعها ضياع المحضون تجبر على ضمه إليها قيامًا بواجب حق الصغير [1] .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩١) لا إجبار في الحضانة إلا إذا تعينت على من له الحق فيها .

(مادة ٣٨٧)

أُجْرَةُ الْحَضَانَةِ غَيْرُ أُجْرَةِ الرَّضَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ ، وَكُلُّهَا تَلْزَمُ أَبَا الصَّغِيرِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَلَا يَلْزَمُ أَبَاهُ مِنْهَا شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَبَرَّعَ (١) .

* * *

٢٠٤٩ - ولما كانت الحاضنة تصرف زمنا في شئون المحضون ، جاز لها أخذ أجرة على ذلك ، ولكن المقام فيه تفصيل لأنها إما أن تكون غير أم وإما أن تكون أمًّا .

٢٠٥٠ - فإن كانت غير الأم تجب لها الأجرة مطلقًا أي سواء كانت متزوجة بأبي الصغير أو معتدة له أو لا .

٢٠٥١ - وإن كانت أمًّا للصغير ولم تكن متزوجة بأبيه ولا معتدة له فلها الأجرة

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٣/١) : « لو أن امرأة جاءت بالصبي تطلب النفقة من أبيه فقالت : هذا ابن بنتي منك ، وقد ماتت أمه فأعطني نفقته ، فقال الأب : صدقت هذا ابني من ابنتك فأما أمه فلم تمت وهي في منزلي وأراد أخذ الصبي منها لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه وتحضر هي فتأخذه ، فإن أحضر الأب امرأة فقال : هذه ابنتك ، وهذا ابني منها وقالت الجدة : ما هذه ابنتي وقد ماتت ابنتي أم هذا الصبي فالقول في هذا قول الرجل والمرأة التي معه ويدفع الصبي إليه ، وكذلك الجدة لو حضرت وقالت : هذا ابن ابنتي من هذا الرجل وقد ماتت أمه وقال الرجل هذا ابني من غير ابنتك من امرأة لي ، فالقول قوله ويأخذ الصبي منها ولو أحضر الأب امرأة وقال : هذا ابني من هذه لا من ابنتك وقالت الجدة : ما هذه أمه بل أمه ابنتي ، وقالت التي أحضرها الرجل : صدقت ما أنا بأمه وقد كذب هذا الرجل ولكني امرأته فإن الأب أولى به ويأخذه كذا في الظهيرية . ذكر في السراجية ؛ لأن الأم تستحق أجرة على الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه وتلك الأجرة غير أجرة إرضاعه ، كذا في البحر الرائق . وإذا كان الأب معسرًا وأبت الأم أن تربي إلا بأجرة وقالت العمة : أنا أربي بغير أجرة فإن العمة أولى هو الصحيح كذا في فتح القدير » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٧/٣) : « (ومؤنة الحضانة في ماله ثم على الأب) ؛ لأنها من أسباب الكفالة كالنفقة فتجب على من تلزمه نفقته » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٤٣٣/٤) : « (ولا شيء) أي لا أجرة ولا نفقة (لحاضن لأجلها) أي الحضانة ، هذا قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه المرجوع إليه ، وبه أخذ ابن القاسم وقال أولًا ينفق عليها من مال المحضون ، والخلاف إذا كانت الحاضنة غنية ، أما الأم الفقيرة فينفق عليها من ماله لعسرها لا للحضانة ابن عرفة ، واختلف في خدمته ففيها إن كان لا بد لهم من خادم لضعفهم عن خدمة أنفسهم والأب يقوى على إخدامها أخدمهم ولابن وهب لا خدمة عليه ، وبهذا قضى أبو بكر على عمر رضي الله تعالى عنهما وأرى أن يعتبر في الخدمة مثل ما تقدم في الإسكان » .

اتفاقًا ؛ لأنها قامت بخدمة ولده ، وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع وغير نفقة العدة على ما يأتي في مكان مفصلًا في المادة الآتية .

٢٠٥٢ - وجميع أنواع النفقة واجبة على أبي الصغير إذا كان الولد فقيرًا . فإن كان غنيا فأجرة رضاعه وحضانته واجبة في ماله ، ولا يلزم الأب بشيء منها .

٢٠٥٣ - وإذا تبرع بدفع شيء من ذلك حال يسر ولده ، جاز ذلك وليس له أن يرجع على الولد بعد ذلك (١) .

(مادة ٣٨٨)

إِذَا كَانَتْ أُمُّ الطِّفْلِ هِيَ الْحَاضِنَةَ لَهُ ، وَكَانَتْ مَنْكُوحَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لِطَلاَقٍ رَجْعِيٍّ ، فَلاَ أَجْرَ لَهَا عَلَى الْحَضَانَةِ .

وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً بَائِنًا أَوْ مُتَزَوِّجَةً بِمَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ أَوْ مُعْتَدَّةً لَهُ ، فَلَهَا الأُجْرَةُ، وَإِنْ أُجْبِرَتْ عَلَيْهَا .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَاضِنَةِ مَسْكَنٌ تُمْسِكُ فِيهِ الصَّغِيرَ الْفَقِيرَ ، فَعَلَى أَبِيهِ سُكْنَاهُمَا جَمِيعًا .
وَإِنِ احْتَاجَ الْمَحْضُونُ إِلَى خَادِمٍ ، وَكَانَ أَبُوهُ مُوسِرًا ، يُلْزَمُ بِهِ .
وَغَيْرُ الأُمِّ مِنَ الْحَاضِنَاتِ لَهَا الأُجْرَةُ (٢) .

* * *

٢٠٥٤ - وإن كانت أم الصغير هي الحاضنة له فإن كانت متزوجة بأبيه أو معتدة له

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٤٢) : أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٥٩) : أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « أجرة الحضانة ومصاريفها تقع على المكلف بنفقة المحضون ، وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة .

الحكم الصادر في مادة الحضانة قابل للطعن .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩٧) تستحق الحاضنة أجرة الحضانة في حالة انتهاء الزوجية حقيقة حتى بلوغ المحضون سن انتهاء حضانة النساء ويراعى في تقديرها حالة ولي المحضون والحاضنة .

(٢) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

عن طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الحضانة لقيام الزوجية حقيقة أو حكمًا ، وذلك لأن ما يعطى للأم في نظير الحضانة له شبه بالنفقة وشبه بالأجرة فحال قيام الزوجية ولو حكمًا لوحظ فيه شبه النفقة لوجود رابطة الزوجية .

٢٠٥٥ - وبما أن النفقة ثابتة لها فلا داعي لأخذها نفقة أخرى لأن المقصود منها دفع حاجة المرأة وهي مدفوعة بنفقة الزوجية فإن كانت في عدة الطلاق البائن فقيل : إنهما لا تستحق الأجرة على الحضانة أيضًا لاكتفائها بنفقة العدة .

٢٠٥٦ - وقيل : إنها تستحق أجرة لأن رابطة الزوجية قد انقطعت . والعمل الآن على هذا وحينئذ فيمكن أن تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مرتبات : نفقة العدة وأجرة الرضاع وأجرة الحضانة .

٢٠٥٧ - وأما إذا كانت غير معتدة له فلها الأجرة اتفاقًا مثل غيرها من الحاضنات كما سبق ، ومتى استحقت الحاضنة الأجرة فهي لها وإن أجبرت على الصحيح لأن الإجبار على القيام بعمل لا ينافي استحقاق الأجرة له فإن الإلزام لأجل دفع الضرر الذي كان يحصل لو لم تضمه إليها .

٢٠٥٨ - وفي هذا من أولوية استحقاقها للأجرة ما لا يخفى لأنها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء عظيم ربما أدى إلى هلاك نفسه ولذلك نظائر منها ما لو استأجر سفينة يومًا مثلًا وانقضت المدة في وسط البحر فإن الملاح يجبر على بقاء السفينة مع المستأجر حتى يصل إلى الشط ومنها ما لو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة وانتهت المدة قبل إتمام المرور منها فيلزم صاحب الدابة أن يبقيها مع المستأجر إلى أن يصل إلى مكان آمن يمكنه أن يصل منه إلى محل إقامته ، ومع كونهما يجبران على ذلك يستحقان أجر المثل اتفاقًا .

٢٠٥٩ - وكذا الحكم في الظئر التي تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل بلا خلاف .

٢٠٦٠ - وقال بعضهم : إن الحاضنة إذا أجبرت على الحضانة لا تستحق الأجرة ؛ لأنها قامت بأمر واجب عليها شرعًا والأول أولى لقوة دليله .

٢٠٦١ - وبما أن نفقة الصغير الفقير على أبيه والسكنى نوع من أنواعها فيجب على أبيه مسكن له ولحاضنته إن لم يكن لها مسكن تمسكه فيه .

٢٠٦٢ - وأما إذا كان لها مسكن فلا داعي إلى تكليفه بمسكن آخر ، نعم إذا كان

الولد فقيرًا وأبوه غني يخدم مثل أولاده يجب عليه أن يستأجر خادمًا لولده كما هو الشأن في مثله وإن كان الولد غنيًا ومثله يخدم يجب على الأب أن يستأجر خادمًا له من ماله ، سواء كان الأب غنيًا أو فقيرًا وإن كان لا يخدم مثله لا يجب ذلك كما لا يجب إن كانا فقيرين [١] .

(مادة ٣٨٩)

إِذَا أَبَتْ أُمُّ الْوَلَدِ – ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى – حَضَانَتَهُ مَجَّانًا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، وَكَانَ أَبُوهُ مُعْسِرًا ، وَلَمْ تُوجَدْ مُتَبَرِّعَةٌ مِنْ مَحَارِمِهِ ، تُجْبَرُ الأُمُّ عَلَى حَضَانَتِهِ ، وَتَكُونُ أُجْرَتُهَا دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ .

فَإِذَا وُجِدَتْ مُتَبَرِّعَةٌ أَهْلٌ لِلْحَضَانَةِ مِنْ مَحَارِمِ الطِّفْلِ ، فَإِنْ كَانَ الأَبُ مُوسِرًا وَلَا مَالَ لِلصَّغِيرِ ، فَالأُمُّ وَإِنْ طَلَبَتْ أُجْرَةً أَحَقُّ مِنَ الْمُتَبَرِّعَةِ .

وَإِنْ كَانَ الأَبُ مُعْسِرًا وَلِلصَّبِيِّ مَالٌ أَوْ لَا ، تُخَيَّرُ الأُمُّ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ مَجَّانًا وَدَفعِهِ لِلْمُتَبَرِّعَةِ . فَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ إِمْسَاكَهُ مَجَّانًا ، يُنْزَعُ مِنْهَا وَيُسَلَّمُ لِلْمُتَبَرِّعَةِ ، وَلَا تَمْنَعُهَا مِنْ رُؤْيَتِهِ وَتَعَهُّدِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي مَادَّةِ (٣٦٩) .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ كَانَ الأَبُ مُوسِرًا ، وَلِلصَّبِيِّ مَالٌ ، فَإِنْ كَانَتِ الْمُتَبَرِّعَةُ أَجْنَبِيَّةً فَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا الصَّبِيُّ ، بَلْ يُسَلَّمُ لأُمِّهِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ ، وَلَوْ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ .

* * *

٢٠٦٣ – وإذا امتنعت أم الصبي أن تربيه إلا بأجرة فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين ، الأول : ألا توجد متبرعة من محارمه . الثاني : أن توجد .

٢٠٦٤ – فإن كان الأول فله أحوال أربعة :

٢٠٦٥ – **أولًا** : أن يكون الأب موسرًا والولد معسرًا وفي هذه الحالة يلزم الأب بدفع الأجرة لها لتربيه .

٢٠٦٦ – **ثانيًا** : أن يكون الصبي موسرًا وأبوه فقيرًا .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٤٣) : لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٠) : لا تستحق الأم أجرة للحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي .

٢٠٦٧ - **ثالثًا** : أن يكونا موسرين وحكم هاتين الحالتين واحد وهو أن يلزم بدفع الأجرة لها من مال الولد لأنه لا نفقة على الأب حال ميسرة الابن.

٢٠٦٨ - **رابعًا** : أن يكونا فقيرين وفي هذه الحالة تجبر الأم على تربيته وتكون أجرتها دينًا لها على الأب تأخذها منه عند الميسرة .

٢٠٦٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا وجدت متبرعة من محارمه أهل للحضانة فله أربع حالاتٍ أيضًا :

٢٠٧٠ - **الأول** : أن يكون الأب والابن فقيرين وحكمه أن يقال للأم إما أن تربيه مجانًا بدون أجرة وإما أن تسلميه للمتبرعة لأن الأب فقير فلا يضار .

٢٠٧١ - **الثاني** : أن يكون الأب موسرًا والولد فقيرًا وحكم ذلك أن يسلم للأم بأجر المثل ؛ لأن في تسليمه لها نفعًا له ولا ضرر على الأب في دفع الأجرة ليساره .

٢٠٧٢ - **الثالث** : أن يكون الولد غنيًا وأبوه فقيرًا .

٢٠٧٣ - **الرابع** : أن يكون كل من الولد وأبيه غنيًا ، وقد اختلف في حكم هذين الأمرين الإمام الأعظم أبو حنيفة وصاحباه وأبو يوسف ومحمد ، فقال الإمام : تخير الأم بين إمساكه مجانًا وبين إعطائه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة لأن الأجرة في هذين الأمرين لازمة من مال الصبي وبما أنه ينبغي المحافظة على مال الصغير ولا يصرف إلا لحاجة ، والحاجة إلى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا يدفع إلى الأم شيء من مال الولد بل تخير الأم كما تقدم مراعاة لمصلحته المالية ، والأم وإن كانت أشفق وأحن عليه من غيرها إلا أن تطلعها إلى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك في شفقتها على أن المتبرعة هي أيضًا شفوقة عليه لما أنها رحم محرم .

٢٠٧٤ - وقال الصاحبان : يسلم للأم بأجر المثل ولو من مال الصبي لأن الأم أكثر الناس حنانًا وشفقة على ولدها وأصبرهم على خدمته فهي التي تحافظ على صحته وتواظب على نظافته وتسهر لسهره كما هي الفطرة التي فطرها اللّه عليها ، ومعلوم أن مصلحة الولد الصحية مقدمة على مصلحته المالية .

٢٠٧٥ - وكل من القولين مصحح ، فينظر القاضي في ذلك فإن كانت الأم فقيرة محتاجة إلى الأجرة عمل بقول الصاحبين ، وإن علم إنها طامعة في مال ابنها مع إنها موسرة حكم بقول أبي حنيفة .

٢٠٧٦ - وإذا سلم للمتبرعة فلا تمنع الأم من رؤيته لقوله عليه الصلاة والسلام :

« لا توله والدة عن ولدها » (١) .

٢٠٧٧ – هذا كله إذا كانت المتبرعة من محارمه كما سبق ، فإن كانت أجنبية فالأم أحق به ولها الأجرة ولو من مال الصغير اتفاقًا .

(مادة ٣٩٠)

تَنْتَهِي مُدَّةُ الْحَضَانَةِ بِاسْتِغْنَاءِ الْغُلَامِ عَنْ خِدْمَةِ النِّسَاءِ ، وَذَلِكَ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ.

وَتَنْتَهِي مُدَّةُ حَضَانَةِ الصَّبِيَّةِ بِبُلُوغِهَا تِسْعَ سِنِينَ .

وَلِلأَبِ حِينَئِذٍ أَخْذُهُمَا مِنَ الْحَاضِنَةِ . فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهُمَا ، يُجْبَرْ عَلَى أَخْذِهِمَا .

وَإِذَا انْتَهَتْ مُدَّةُ الْحَضَانَةِ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ أَبٌ وَلَا جَدٌّ ، يُدْفَعُ لِلأَقْرَبِ مِنَ الْعَصَبَةِ أَوْ لِلْوَصِيِّ لَوْ غُلامًا ، وَلاَ تُسَلَّمُ الصَّبِيَّةُ لِغَيْرِ مَحْرَمٍ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ وَلَا وَصِيٌّ بِالنِّسْبَةِ لِلْغُلَامِ ، يُتْرَكُ الْمَحْضُونُ عِنْدَ الْحَاضِنَةِ ، إِلَّا أَنْ يَرَى الْقَاضِي غَيْرَهَا أَوْلَى لَهُ مِنْهَا (٢) .

* * *

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٨) .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٤٢/٤ ، ٤٣) : « وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء ،فالأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ، كذا ذكر في ظاهر الرواية ، وذكر أبو داود ابن رشيد عن محمد : ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديرًا ، وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك . وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي . وإنما اختلف حكم الغلام والجارية ؛ لأن القياس أن تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعًا ؛ لأنها ضرب ولاية ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال إلا أنا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة ﷺ لما روينا أن أبا بكر الصديق ﷺ قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تتزوج أمه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ﷺ ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فتركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة ﷺ فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس ؛ ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال ، وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم ، والأب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن ، وفيه ضرر ، وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة ؛ تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحمًا على وضم فلا بد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر . =

= وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والخالات والعمات إذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو أنها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الأب وإنما كان كذلك ؛ لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فتسلمها إلى الأب احترازًا عن الوقوع في المعصية » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٨/٣٦٠ ، ٣٦١) : « (والمميز) الذكر والأنثى ، ومر ضابطه قبيل الأذان (إن افترق أبواه) مع أهليتهما ، ومقامهما في بلد واحد خير إن ظهر للقاضي أنه عارف بأسباب الاختيار وإذا اختار أحدهما (كان عند من اختار منهما) للخبر الحسن « أنه ﷺ خير غلامًا بين أبيه وأمه » وإنما يدعى الغلام المميز ومثله الغلامة (فإن كان في أحدهما) مانع ومنه (جنون ، أو كفر ، أو رق أو فسق ، أو نكحت) من لا حق له في الحضانة (فالحق للآخر) لانحصار الأمر فيه . (ويخير) المميز الذي لا أب له (بين أم) ، وإن علت (وجد) ، وإن علا عند فقد من هو أقرب منه ، أو قيام مانع به لوجود الولادة في الكل (وكذا) الحواشي فهم كالجد ومنهم (أخ وعم) ، أو ابنه إلا ابن عم في مشتهاة ولا بنت له ثقة أي : مثلًا والمراد أنه لا يجد ثقة يسلمها إليها وحينئذ فلا اعتراض عليهما خلافًا لمن زعمه فيتخير بين أحدهم . والأم في الأصح كالأب بجامع العصوبة ؛ ولأنه ﷺ « خير ابن سبع ، أو ثمان بين أمه وعمه » رواه الشافعي (أو أب مع أخت) شقيقة ، أو لأم (أو خالة) حيث لا أم فيخير بينهما (في الأصح) فإن فقد الأب أيضًا خير بين الأخت ، أو الخالة ، وبقية العصبة على الأوجه وظاهر كلامهم أن التخيير لا يجري بين ذكرين ولا أنثيين (قول المحشي قوله أو لإدلائها) ليس في نسخ الشرح التي بأيدينا .

(فإن اختار أحدهما) أي : الأبوين ومن ألحق بهما (ثم الآخر حول إليه) ؛ لأنه قد يبدو له الأمر على خلاف ظنه نعم إن ظن أن سببه قلة عقله فعند الأم ، وإن بلغ كما قبل التمييز (فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه) أي : لم يجز له ذلك وتكليفها الخروج لزيارته ؛ لأنه يؤدي للعقوق وقطع الرحم (ويمنع أنثى) ومثلها هنا وفيما يأتي الخنثى من زيارة أمها لتألف الصيانة .

وإفتاء ابن الصلاح بأن الأم إذا طلبتها أرسلت إليها محمول على معذورة عن الخروج للبنت لنحو تخدر ، أو مرض ، أو منع نحو زوج ، ويظهر أن محل إلزام ولي البنت بخروجها للأم عند عذرها بناء على ما ذكر حيث لا ريبة في الخروج قوية وإلا لم يلزمه . (ولا يمنعها) أي : الأب والأم (دخولًا عليهما) أي : الابن والبنت إلى بيته (زائرة) حيث لا خلوة له بها محرمة ولا ريبة كما هو ظاهر نظير ما يأتي في عكسه دفعًا للعقوق . (والزيارة مرة في أيام) على العادة لا في كل يوم ولا تطيل المكث (فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما) ؛ لأنها أصبر عليه (فإن رضي به في بيته) بالشرطين المذكورين فذاك (وإلا ففي بيتها) فهو المخير في ذلك ، نعم إن أضرت النقلة لبيتها امتنعت ولو مرضت الأم فليس للأب منع الولد الذكر والأنثى من عيادتها (ولو اختارها ذكر فعندها) يكون (ليلًا وعند الأب) وإن علا ومثله وصي وقيم يكون (نهارًا) وهو كالليل للغالب ففي نحو الأتوني الأمر بالعكس نظير ما مر في القسم (يؤدبه) وجوبًا بتعليمه طهارة النفس من كل رذيلة وتحليها بكل محمود (ويسلمه) وجوبًا (بالمكتب) بفتح الميم مع فتح أو كسر التاء ، وهو محل التعليم وسماه الشافعي الكتاب كما هو على الألسنة ، ولم يبال أنه جمع كاتب (وحرفة) أي : ذيهما . =

= وظاهر كلام الماوردي أنه ليس لأب شريف تعليم ابنه صنعة تزريه ؛ لأن عليه رعاية حظه ولا يكله إلى أمه لعجز النساء عن مثل ذلك ، وأجرة ذلك في مال الولد إن وجد وإلا فعلى من عليه نفقته وأفتى ابن الصلاح في ساكن ببلد ، ومطلقته بقرية وله منها ولد مقيم عندها في مكتب بأنه إن سقط حظ الولد بإقامته عندها فالحضانة للأب رعاية لمصلحته ، وإن أضر ذلك بأمه ، ويؤخذ منه أن مثل ذلك بالأولى ما لو كان في إقامته عندها ريبة قوية (أو) اختارها (أنثى فعندها) تكون (ليلًا ونهارًا) لاستوائهما في حقها إذ الأليق بها سترها ما أمكن . (ويزورها الأب على العادة) ولا يطلبها لما ذكر ، وأخذ من اعتبار العادة المنع ليلًا لما فيه من الريبة ويرده اشتراطهم في دخوله على الأم وجود مانع خلوة من نحو محرم أو امرأة ثقة ، ولو مات أجيب الأب إلى محل دفنه على الأوجه ولها بعد البلوغ الانفراد عن نحو أبويها إلا إن ثبتت ريبة ولو ضعيفة فيما يظهر فلوليّ نكاحها ، وإن رضي أقرب منه ببقائها في محلها فيما يظهر أن يمنعها الانفراد بل يضمها إليه إن كان محرمًا وإلا فإلى من يأمنها بموضع لائق . ويلاحظها ويظهر في أمرد ثبتت الريبة في انفراده أن لوليه منعه منه كما ذكر ، ثم رأيتهم صرحوا به وجوزوا ذلك لكل عصبته وهو شاهد لما قدمته في الأنثى أيضًا (وإن اختارها أقرع) بينهما إذ لا مرجح (وإن لم يختر) واحد منهما (فالأم أولى) ؛ لأنها أشفق واستصحابًا لما كان (وقيل يقرع) بينهما إذ لا أولوية حينئذ ويرد بمنع ذلك » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢/٦٥ ، ٦٦) : « (والحضانة) بفتح الحاء على الأشهر من كسرها مأخوذة من الحضن بكسر الحاء ما دون الإبط كفاية الطفل وتربيته والإشفاق عليه ، وهذا نحو قول ابن عرفة هي محصول قول الباجي : حفظ الولد في مبيته ، ومؤنة طعامه ولباسه ، ومضجعه وتنظيف جسمه حق (للأم بعد الطلاق) من أبي المحضون أو موته غايتها . (إلى احتلام الذكر) المحقق (و) إلى (نكاح الأنثى ودخولها) لقوله ﷺ في حديث الرضاع حيث طلق شخص زوجته ، وأراد أن يأخذ ابنها فأتت إلى النبي ﷺ وقال لها : « أنت أحق به ما لم تنكحي » قال خليل : وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة للأم ولو لأمه عتق ولدها أو أم ولد ، وقيدنا الذكر بالمحقق ؛ لأن الخنثى المشكل تستمر حضانته ما دام مشكلًا ، والمعتبر البلوغ هنا بغير الإنبات بل بالسن أو غيره من العلامات ، ولا يعتبر بلوغ الذكر عاقلًا قادرًا على الكسب ، خلافًا لابن شعبان فتنتهي حضانة الذكر ببلوغه ولو مجنونا أو زَمِنًا ، وإن لم تسقط نفقته عن أبيه لبلوغه مجنونًا أو زَمِنًا ، وتنتهي حضانة الأنثى بدخول الزوج ولو صغيرين ، وإن استمرت نفقتهما على أبيهما ؛ لأنه لا تلازم بين سقوط النفقة والحضانة ، ألا ترى أن الدخول بالصغير أو الكبير المعسر مسقط للحضانة دون النفقة ، والزواج بالبالغ الموسر من غير دخول مسقط للنفقة حيث دعي للدخول مع إطاقتها الوطء مع بقاء الحضانة ، فالصور ثلاث ، وبيانها يعلم ما في عبارة خليل من تشبيه الحضانة بالنفقة الساقطة بدخول الزوج البالغ أو الموسر ، أو المدعو إلى الدخول مع بلوغه ، وإطاقتها واستمرار حضانتها ، وعبارة المصنف سليمة من إيهام ، خلاف المراد لتصريحها بسقوط الحضانة بالدخول ، ويفهم منها عدم سقوطها بالعقد دون الدخول ، وإن سقطت النفقة ، وأشار خليل بقوله : ولو أمة عتق ولدها أو أم ولد ، إلى قول مالك : إذا أعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها ، فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فتظعن إلى غير بلد الأب فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالًا عن بلد الأم فله أخذه ، والعتق نص على المتوهم وأولى إن لم يعتق ، وكذا أم الولد أحق بحضانة ولدها من زوجها بعد طلاقها ، وكذا ولد الأمة أو أم الولد من سيدهما فلهما حضانته إذا عتقا أو مات سيدهما ، لكن يشترط في استحقاق الأمة حضانة ابنها من =

= زوجها أن لا يتسررها لسيد أي يتخذها للوطء ؛ لأن تسرر السيد بمنزلة دخول الزوج الأجنبي بالحضانة .
تنبيهان : **الأول** : لم يصرح المصنف بحكم الحضانة ، وإن علم أنه حق للأم ، ومن هو بمنزلتها وهو الوجوب العيني ، إن لم يوجد إلا الحاضن ولو أجنبيا من المحضون والكفائي عند تعدده ، ولذا إذا وجد جماعة طفلًا منبوذًا وجب عليهم التقاطه وحضنه ، فإذا قام به البعض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية .
الثاني : قول المصنف : والحضانة للأم ظاهرة ولو مجوسية أو أسلم زوجها وهو كذلك ، وظاهره أيضًا حصر الحضانة في الأم لما تقرر في النحو من أن المبتدأ المعرف فاللام الجنس محصور في الخبر نحو : الكرم في العرب ، والمجد في قريش ، وهو غير صحيح فقهًا ؛ لأن غيرها يحضن ، والجواب أنه حصر إضافي ، وهو ما يكون بالنظر إلى بعض الأفراد ؛ لأن المعنى : الحضانة بعد طلاق الأم لها لا للأب » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩١/٨ - ١٩٣) : « (وإذا بلغ الغلام سبع سنين ، خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما) وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعًا ، وليس بمعتوه ، خير بين أبويه ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما ، فهو أولى به قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يخير ، لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، ولبس بنفسه ، واستنجى بنفسه ، فالأب أحق به ، ومالك يقول : الأم أحق به حتى يثغر ، وأما التخيير ، فلا يصح ؛ لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته ، فيؤدي إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ ، فلم يخير ، كمن دون السبع ولنا ، ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ « خير غلامًا بين أبيه وأمه » رواه سعيد ، بإسناده والشافعي ، وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول اللّه ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عنبة ، وقد نفعني فقال له النبي ﷺ : « هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به رواه أبو داود ، ولأنه إجماع الصحابة ، فروي عن عمر ، أنه خير غلامًا بين أبيه وأمه رواه سعيد ، وروي عن عمارة الجرمي ، أنه قال : خيرني علي بين عمي وأمي ، وكنت ابن سبع أو ثمان ، وروي نحو ذلك عن أبي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة ، ولم تنكر ، فكانت إجماعًا ، ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد ، فيقدم من هو أشفق ؛ لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حدًّا يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين ، دلَّ على أنه أرفق به ، وأشفق عليه ، فقدم بذلك وقيدناه بالسبع ؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ؛ ولأن الأم قدمت في حال الصغر ، لحاجته إلى حمله ، ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك ، وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك ، تساوى والداه ، لقربهما منه ، فرجح باختياره .
فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول ، أعيد إليه ، هكذا أبدًا كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لأنه اختيار شهوة ، لحظ نفسه ، فاتبع ما يشتهيه ، كما يتبع ما يشتهيه في المأكول والمشروب ، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما ، وأن لا ينقطع عنهما وإن خيرناه ، فلم يختر واحدًا منهما ، أو اختارهما معًا ، قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته ، فقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ؛ لأننا قدمنا اختياره الثاني على الأول ، فعلى القرعة التي هي بدل أولى .
فصل : فإن كان الأب معدومًا ، أو من غير أهل الحضانة ، وحضر غيره من العصبات ، كالأخ والعم وابنه ، قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لأن عليًا ﷺ خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه ولأنه عصبة ، فأشبه =

= الأب وكذلك إن كانت الأم معدومة ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الأبوان معدومين ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أو خالته ، قامت مقام أمه ، في التخيير بينها وبين عصباته ، للمعنى الذي ذكرناه في الأبوين فإن كان الأبوان رقيقين ، وليس له أحد من أقاربه سواهما ، فقال القاضي : لا حضانة لهما عليه ، ولا نفقة له عليهما ، ونفقته في بيت المال ، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

فصل : وإنما يخير الغلام بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونا جميعًا من أهل الحضانة ، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة ، كان كالمعدوم ، ويعين الآخر . الثاني : أن لا يكون الغلام معتوهًا ، فإن كان معتوهًا كان عند الأم ، ولم يخير ؛ لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي ، فاختار أباه ، ثم زال عقله ، رد إلى الأم ، وبطل اختياره ؛ لأنه إنما خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال استقلاله بنفسه ، كانت الأم أولى ؛ لأنها أشفق عليه ، وأقوم بمصالحه ، كما في حال طفوليته .

مسألة : قال : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين ، فالأب أحق بها) وقال الشافعي : تخير كالغلام ؛ لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية ، كسن البلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها ، حتى تزوج أو تحيض وقال مالك : الأم أحق بها حتى تزوج ويدخل بها الزوج ؛ لأنها لا حكم لاختيارها ، ولا يمكن انفرادها ، فكانت الأم أحق بها ، كما قبل السبع ، ولنا : أن الغرض بالحضانة الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها ؛ لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع ، قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة ، وهي ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها ؛ لأنه وليها ، والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة ، وأقدر على البحث ، فينبغي أن يقدم على غيره ، ولا يصار إلى تخييرها ؛ لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج ، كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ؛ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها ، وتوكيلها ، وإقرارها ، واختيارها ، بخلاف مسألتنا ، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها ؛ لما ذكرنا في دليلنا .

فصل : إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب ، فإنها تكون عنده ليلًا ونهارًا ؛ لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت ، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر ، من غير أن يخلو الزوج بأمها ، ولا يطيل ، ولا يتبسط ؛ لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر وإن مرضت ، فالأم أحق بتمريضها في بيتها وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع ، لاختياره لها ، كان عندها ليلًا ، ويأخذه الأب نهارًا ليسلمه في مكتب ، أو في صناعة ؛ لأن القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه وإن كان عند الأب ، كان عنده ليلًا ونهارًا ، ولا يمنع من زيارة أمه ؛ لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق ، وقطيعة للرحم وإن مرض ، كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ؛ لأنه صار بالمرض كالصغير ، في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير وإن مرض أحد الأبوين ، والولد عند الآخر ، لم يمنع من عيادته ، وحضوره عند موته ، سواء كان ذكرًا أو أنثى ؛ لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده ، فمشي ولده إليه أولى ، فأما في حال الصحة ، فإن الغلام يزور أمه ؛ لأنها عورة ، فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ؛ لأن كل واحدة منهما عورة ، تحتاج إلى صيانة وستر ، وستر الجارية أولى ؛ لأن الأم قد تخرجت وعقلت ، بخلاف الجارية » .

٢٠٧٨ - ولما كان الصغير عاجزًا عن النظر في شئون نفسه نظر إليه الشارع نظر حكيم، فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه وهن الأقارب من النساء على الترتيب الذي عرفته فإذا بلغ سن التمييز دخل في دور جديد يحتاج فيه إلى الإعداد بما هو مطالب به في المستقبل، فيسلم إلى من هو أقدر على القيام به.

٢٠٧٩ - ولذا يبقى الولد عند الحاضنة حتى يستغني عن خدمة النساء وقدر ذلك ببلوغه سبع سنين.

٢٠٨٠ - فإن كان مذكرًا فقد انتهت مدة حضانته، وإن كان مؤنثًا تبقى عندها سنتين لتدريبها على الأمور المنزلية التي هي مطالبة بها في المستقبل، وحينئذ يسلم كل منهما إلى الأب حتى إذا لم يطلبهما يجبر على ذلك لتعلق حق الصغير به إذ المذكر بعد بلوغه سن التمييز يحتاج إلى تعلم ما ينفعه والأنثى بعد بلوغها حد الشهوة تحتاج إلى الصيانة ولا شك أن الأب أقدر على ذلك.

٢٠٨١ - هذا إذا كان الأب موجودًا، وإلا فيعطى الولد للأقرب فالأقرب من العصبات على الترتيب الذي عرفته من شرح مادة (٣٨٥).

٢٠٨٢ - فإن لم يوجد أحد من العصبات يسلم الولد إلى باقي الأقارب المتقدمة في شرح مادة (٣٨٦).

٢٠٨٣ - فإذا لم يوجد أحد من الأقارب وقد انتهت مدة الحضانة ينظر القاضي فإن رأى إبقاءه عند الحاضنة أنفع له تركه عندها، وإلا سلمه لمن يرى نفعه في وجوده عنده [1].

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري**: المادة (١٤٦): تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنت الحادية عشرة.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: المادة (١٦١): تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي: الحضانة: « تمتد الحضانة حتى يبلغ الذكر (١٢) سنة، والأنثى (١٥) سنة ويخير المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل (٩٩) من مدونة الأحوال الشخصية.

« تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري الذي منعه منها ».

« إذا كان الولد محضونًا لأحد الوالدين فلا يمنع الأخر من زيارته وتعهد أحواله وإذا طلب نقله إليه للزيارة، فله ذلك على الأقل مرة في كل أسبوع ما لم ير القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك ».

(مادة ٣٩١)

يُمْنَعُ الأَبُ مِنْ إِخْرَاجِ الْوَلَدِ مِنْ بَلَدِ أُمِّهِ بِلا رِضَاهَا مَا دَامَتْ حَضَانَتُهَا .

فَإِنْ أَخَذَ الْمُطَلِّقُ وَلَدَهُ مِنْهَا لِتَزَوُّجِهَا بِأَجْنَبِيٍّ وَعَدَمِ وُجُودِ مَنْ يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا حَقُّ الْحَضَانَةِ ، جَازَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَى أَنْ يَعُودَ حَقُّ أُمِّهِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهَا فِي الْحَضَانَةِ (١) .

* * *

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩٢) أ - تنتهي حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة قمرية ، والأنثى ثلاث عشرة سنة قمرية، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك ، مراعاة لمصلحة المحضون ، فيجوز لها أن تخير المحضون، أو تأذن باستمرار حضانة الذكر إلى البلوغ ، والأنثى إلى الدخول مع ذكر الأسباب التي اعتمدتها في قرارها .

ب - استثناء من أحكام الفقرة السابقة تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهًا أو مريضًا مرضًا مقعدًا .

المادة (١٩٣) تستحق الأم غير المسلمة ، ما لم تكن مرتدة - الحضانة ، حتى يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤٤/٤ ، ٤٥) : « وأما بيان مكان الحضانة ، فمكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ، له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا أنها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلًا عن الإخراج من البلد ، وإن أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن ؛ لأن عليها المقام في بيت زوجها ، وكذلك إذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج إخراجها لقوله ﷻ : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد فهذا على أقسام : إن أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه ؛ فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولادًا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك ؛ لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها ؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيًا بحضانة الولد في ذلك فكان راضيًا بالتفريق إلا أن النكاح ما دام قائمًا يلزمها اتباع الزوج ، فإذا زال فقد زال المانع وإن وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها بأن تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة ؛ لم يكن لها ذلك ؛ لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيًا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيًا بضرر التفريق ، ولو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الأصل ؛ لأن ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه =

= الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضيًا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيًا بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطين : أحدهما : أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها ، والثاني : وقوع النكاح فيه فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية النقل .
وروي عن أبي يوسف أن لها ذلك ، واعتبر مكان العقد فقط ، وإليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال : وإنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت ، وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعًا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد ؛ لأن محمدًا وإن أجمل المسألة في الجامع فقد فصلها في الأصل على الوجه الذي وصفنا ، والمجمل يحمل على المفسر ، وقد يكون المفسر بيانًا للمجمل كالنص المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير أنه يصير مفسرًا من الأصل كذا هذا ، والله ﷻ الموفق . هذا إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة ، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك ؛ لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد . وأما أهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول إلا في فصل واحد . وبيانه : أن النكاح إذا وقع في الرستاق فأرادت المرأة أن تنقل الصبي إلى قريتها فإن كان أصل النكاح وقع فيها ؛ فلها ذلك كما في المصر لما قلنا ، وإن كان وقع في غيرها فليس لها نقله إلى قريتها ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر وإن كانت قريبة – على التفسير الذي ذكرنا – ؛ فلها ذلك كما في المصر وإن كان الأب متوطنًا في المصر فأرادت نقل الولد إلى القرية فإن كان تزوجها فيها وهي قريتها فلها ذلك وإن كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وإن لم تكن تلك قريتها فإن كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما في المصر ، وإن كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك ، وإن كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين ؛ لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر ؛ إذ لم يقع أصل النكاح في القرية والله ﷻ أعلم ، وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذميًا ؛ لأن في ذلك إضرارًا بالصبي ؛ لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر به وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك ؛ لأن الصبي تبع لهما وهما من أهل دار الحرب » .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٥١/٣) : « لو (سافر أحدهما لحاجة) أو نحوها كحج وتجارة ونزهة (فالمقيم أولى) بالولد مميزًا أو غير مميز إلى أن يعود المسافر ، وإن طالت مدة السفر لخطره مع توقع العود نعم إن كان المقيم الأم ، وكان في بقائه معها مفسدة أو ضياع مصلحة كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة وهما ببلد لا يقوم غيره مقامه في ذلك فالمتجه تمكين الأب من السفر به لا سيما إن اختاره الولد ذكره الزركشي وغيره (أو) سافر (لنقلة ، ولو دون مسافة القصر فالأب أولى) به ، وإن كان هو المسافر حفظًا للنسب ورعاية لمصلحة التأديب ، والتعليم وسهولة الإنفاق عليه هذا (إن لم يكن خوف) في مقصده أو طريقه فإن كان فيهما أو في أحدهما خوف كغارة ونحوها ، فالمقيم أولى ، وألحق ابن الرفعة بالخوف السفر في حر وبرد شديدين قال الأذرعي : وهو ظاهر إذا كان يتضرر به الولد ، أما لو حمله فيما يقيه ذلك فلا (فإن رافقته الأم) في طريقه أو رجع من سفره (فهي) أي الأم (على حقها) ، وإن اختلفا مقصدًا في الأولى كما يفيده ظاهر كلام الروضة ، وكذا إن لم ترافقه ، واتحدا مقصدًا كما يعلم مما يأتي ، ومعنى كونها على حقها =

٢٠٨٤ – وما دام حق الحضانة ثابتًا للأم فليس للأب إخراجه من البلد المقيمة هي به ،

= عند اختلافهما مقصدًا ما داما مترافقين فلا ينافي قول الرافعي ، ولو رافقته في الطريق والمقصد دام حقها (والقول قوله) أي الأب (في دعوى النقلة) بيمينه ؛ لأنه أعرف بقصده فإن نكل حلفت ، وأمسكت الولد (والعصبة) من المحارم كالجد ، والأخ ، والعم (كالأب) فيما ذكر (وسيأتي حكم غير المحرم) وأما المحرم الذي لا عصوبة له كالخال ، والعم للأم فليس له نقل الولد ، وإن سافر للنقلة إذ لا حق له في النسب » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢١٥/٤ ، ٢١٦) : « وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر أي وشرط ثبوت الحضانة أن لا يسافر ولي حر عن ولد حر ولو رضيعًا سفر نقلة ستة برد ، فإن سافر الولي السفر المذكور كان له أن يأخذ المحضون من حاضنته ويقال لها : اتبعي ولدك إن شئت ولا يأخذه إن سافر لغير سكنى كما يأتي ، والمراد بالولي أعم من ولي المال وهو الأب والوصي والمقدم وولي العصوبة كانت العصوبة سببًا كالمعتق وعصبته أو نسبًا فإذا أراد العم مثلًا السفر المذكور بالمحضون فله أخذه من الحاضنة واحترز بقوله : ولي حر عما لو كان الولي للمحضون عبدًا وأراد السفر فإنه لا يكون له أخذه معه ويبقى عند أمه لأن العبد لا قرار له ومسكن واحترز بالولد الحر من الولد العبد إذا سافر وليه لا يأخذه معه لأن العبد تحت نظر سيده سفرًا وحضرًا وقوله ولد لا مفهوم له أي عن محضون وقوله (وإن رضيعًا) مبالغة في المفهوم أي إن سافر الولي الحر عن الولد الحر السفر المذكور سقط حقها من الحضانة ويأخذه وليه معه ولو كان الولد رضيعًا على المشهور بشرط أن يقبل الولد غير أمه ، ومثل الأم غيرها ممن له الحضانة . أو تسافر هي يعني وكذلك يشترط في حضانة الحاضنة أن لا تسافر عن بلد الولي الحر عن المحضون الحر فإن سافرت السفر المذكور سقطت حضانتها. سفر نقلة لا تجارة هذا راجع لسفر الحاضن وسفر الولي أي وشرط سفر الحاضن المسقط لحضانته أو سفر الولي الموجب لأخذ الولد من حاضنته أن يكون سفر نقلة وانقطاع ، فإن كان سفر تجارة ونزهة فلا تسقط حضانة الحاضن بسفره بل تأخذه إن قرب الموضع ولا يأخذه الولي من حاضنته ، وقوله (حلف) أي الولي أنه يريد بسفره النقلة وسواء كان متهمًا أو غير متهم وهو راجع للمفهوم أي فإن سافر أخذه وحلف وقوله (ستة برد) ظرف منصوب على الظرفية عامله يسافر وتسافر فهو شامل لسفر الولي ولسفر الحاضنة فالسفر الذي يقطع الحضانة من الولي أو من الحاضنة هو ما كان مقدار ستة برد فأكثر على المشهور لا أقل كما يأتي .

وظاهره بريدين يعني أن ظاهر المدونة أن سفر البريدين يكون كافيًا في قطع الحضانة إذا سافر الولي أو سافرت الحاضنة ، والمشهور الأول وقوله بريدين على حذف مضاف أي مسافة بريدين فحذف المضاف وبقي المضاف إليه مجرورًا وإلا كان الواجب أن يقول بريدان بالألف وأصله وموجب ظاهرها بريدان إن سافر لأمن وأمن في الطريق ولو فيه بحر الضمير في قوله إن سافر يعود على الولي والمعنى أنه يشترط في السفر الذي لا يسقط الحضانة أن يكون الولي سافر بالمحضون إلى بلد مأمون وأن تكون الطريق مأمونة يسلك فيها بالمال والحريم ، وسواء كان في الطريق بحر أم لا على المشهور لقوله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ ﴾ ويقيد هذا بما إذا لم يغلب عطب البحر كما مر في الحج عند قوله والبحر كالبر إلا أن يغلب عطبه فقوله إن سافر إلخ شرط في مفهوم أن لا يسافر ولي أي فإن سافر أخذه إن سافر إلخ إلا أن تسافر هي معه أي إلا أن تسافر هي أي الحاضنة معه أي مع المحضون فلا تسقط حضانتها ولا تمنع من السفر معه ولما كان الضمير في سافر وأمن مفردًا مذكرًا عائدًا على الولي أبرز الضمير العائد إلى الحاضن للمغايرة بين الضميرين وإن لم يخش اللبس ثم إن =

اللَّهم إلا إذا رضيت بذلك لأنها والحالة هذه تكون أسقطت حقها .

٢٠٨٥ - فإن سقط حقها في الحضانة بأن طلقها وتزوجت بغير رحم محرم وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها في الحضانة وغير الأب من العصبات حكمه في ذلك كالأب .

٢٠٨٦ - وبعضهم يرى أنه لا يجوز له أن يسافر به قبل انتهاء مدة الحضانة ولو سقط حقها فيها إلا إذا كان السفر لمكان يمكنها أن ترى ولدها متى أرادت إذا سافرت إليه وترجع إلى منزلها في اليوم الذي سافرت فيه ؛ لأن لها حق رؤية الولد

= الاستثناء من مفهوم أن لا يسافر ولي أي فإن سافر سقطت حضانتها إلا أن تسافر هي معه ولما كان قوله سفر نقلة لا تجارة ستة برد راجعًا لسفرهما كان قوله : (لا أقل) من ستة برد على الأول أو بريدين على الثاني ؛ راجعًا لهما أيضًا فلا يأخذه الولي ولا تتركه الحاضنة إذا سافر واحد منهما لا أقل مما ذكر » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٩/٤٢٧ ، ٤٢٨) : « (ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق بالحضانة) هذا المذهب سواء كان المسافر الأب ، أو الأم . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : الأم أحق . وقيد هذه الرواية في المستوعب ، والترغيب : بما إذا كانت هي المقيمة . قال ابن منجا في شرحه : ولا بد من هذا القيد . وأكثر الأصحاب لم يقيده . وقيل : المقيم منهما أحق . وقال في الهدي : إن أراد المنتقل مضارة الآخر ، وانتزاع الولد : لم يجب إليه ، وإلا عمل ما فيه المصلحة للطفل . قال في الفروع : وهذا متوجه ولعله مراد الأصحاب . فلا مخالفة . لا سيما في صورة المضارة . انتهى . قلت : أما صورة المضارة : فلا شك فيها . وأنه لا يوافق على ذلك .

تنبيه : قوله (إلى بلد بعيد) المراد بالبعيد هنا : مسافة القصر . على الصحيح من المذهب . وقاله القاضي . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وقدمه في النظم ، والرعايتين ، والفروع . والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه اللَّه : أنه ما لا يمكنه العود منه في يومه . واختاره المصنف . وحكاهما في المحرر ، والحاوي روايتين . وأطلقاهما . قوله : (فإن اختل شرط من ذلك : فالمقيم منهما أحق) فعلى هذا : لو أراد أحد الأبوين سفرًا قريبًا لحاجة ، ثم يعود : فالمقيم أولى بالحضانة . وهو الصحيح من المذهب . جزم به في المستوعب ، والمغني ، والكافي ، والشرح ، وشرح ابن منجا وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أولى جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوي ، وغيرهم . وقدمه في الرعاية الصغرى . وأطلقهما في الفروع . وإن أراد سفرًا بعيدًا لحاجة ، ثم يعود . فالمقيم أولى أيضًا . على المذهب . لاختلال الشرط . وهو السكن . جزم به في المستوعب ، والمغني ، والكافي والشرح ، وابن منجا ، وغيرهم . وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أولى . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والوجيز . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وأطلقهما في الفروع . ولو أراد سفرًا قريبًا للسكنى . فجزم المصنف هنا : أن المقيم أحق : وهو أحد الوجهين . جزم به ابن منجا في شرحه وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أحق . وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم » .

وهو الأرفق بالأم (١) .

(مادة ٣٩٢)

لَيسَ لِلأُمِّ الْمُطَلَّقَةِ أَنْ تُسَافِرَ بِالْوَلَدِ الْحَاضِنَةِ لَهُ مِنْ بَلَدِ أَبِيهِ قَبلَ انقِضَاءِ الْعِدَّةِ مُطْلَقًا ، وَلا يَجُوزُ لَهَا بَعْدَ انْقِضَائِهَا أَنْ تُسَافِرَ بِهِ مِن غَيْرِ إِذْنِ أَبِيهِ مِن مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٍ ، وَلا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى مِصْرٍ كَذَلِكَ ، وَلا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى قَرْيَةٍ بَعِيدَةٍ ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَا تَنْتَقِلُ إِلَيْهِ وَطَنًا لَهَا وَقَدْ عَقَدَ عَلَيْهَا فِيهِ .

فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، فَلَهَا الانْتِقَالُ بِالْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ رِضَا أَبِيهِ ، وَلَوْ كَانَ بَعِيدًا عَنْ مَحَلِّ إِقَامَتِهِ .

فَإِنْ كَانَ وَطَنَهَا ، وَلَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا فِيهِ ، أَوْ عَقَدَ عَلَيْهَا فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ وَطَنَهَا ، فَلَيسَ لَهَا أَنْ تُسَافِرَ إِلَيْهِ بِالْوَلَدِ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِيهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ قَرِيبًا مِنْ مَحَلِّ إِقَامَتِهِ ، بِحَيْثُ يُمْكِنُهُ مُطَالَعَةُ وَلَدِهِ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَنْزِلِهِ قَبلَ اللَّيْلِ .

وَأَمَّا الانْتِقَالُ بِالْوَلَدِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، فَلا تُمَكَّنُ مِنهُ الأُمُّ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ ، وَلَوْ كَانَتِ الْقَرْيَةُ قَرِيبَةً ، مَا لَمْ تَكُنْ وَطَنَهَا وَقَدْ عَقَدَ عَلَيْهَا ثَمَّةَ (٢) .

* * *

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٥٠) : ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضانته إلا بإذن حاضنته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٠٠) أ - يجوز للأم أن تسافر بالمحضون سفرًا عرضيًا لغير إقامة إلى وطنها أو لسبب معقول إلى أية جهة إن لم يكن في السفر ضياع المحضون .

ب - لا يجوز لغير الأب أو الجد من الأولياء والعصبة أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة إلا بإذن الحاضنة .

ج - إذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها مبينًا أسباب معقولة لذلك فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون متى ثبتت صحة تلك الأسباب .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الجوهرة النيرة (٩٢/٢) : « (وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها ، وقد كان الزوج تزوجها فيه) ؛ لأن الرجل إذا تزوج في بلد فالظاهر أنه يقيم فيه فقد التزم لها المقام في بلدها ، وإذا أرادت أن تنقله إلى بلدها وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك ؛ لأنه لم يلتزم المقام في بلدها فلا يجوز لها التفريق بينه وبين ولده من غير التزامه ولا يجوز لها أيضًا أن تنقله إلى البلد الذي تزوجها فيه ؛ لأنه دار غربة ، هذا كله إذا كان بين البلدين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن الأب أن يطلع على ولده ويبيت في بيته فلا بأس به » .

وينظر تعليقنا على المادة السابقة .

٢٠٨٧ - هذا بالنسبة إلى سفر الأب بالولد . وأما سفر الحاضنة به ففيه تفصيل ، وبيانه : أن الحاضنة إما أن تكون غير الأم وإما أن تكون هي الأم.

٢٠٨٨ - فإن كان الأول فليس لها أن تنتقل إلى محل آخر ؛ ولو كان قريبًا إلا بإذن الأب .

٢٠٨٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الحاضنة هي الأم فإما أن تريد الانتقال بالولد وهي في العدة أو بعد انقضائها ، فإن كان الأول فلا يجوز لها الانتقال ولو أذن الزوج لأن القرار في البيت الذي حصلت الفرقة وهما مقيمان فيه حق الشرع فلا يصح اتفاقهما على إبطاله .

٢٠٩٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا أرادت الانتقال بعد انقضاء العدة فلا يخلو الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه والمحل المنتقل إليه من أحد أمور أربعة :

٢٠٩١ - **الأول** : أن يكون الانتقال من مصر إلى مصر.

٢٠٩٢ - **الثاني** : أن يكون من قرية إلى قرية .

٢٠٩٣ - **الثالث** : أن يكون من قرية إلى مصر .

٢٠٩٤ - **الرابع** : أن يكون من مصر إلى قرية .

٢٠٩٥ - فالثلاثة الأول مشتركة في حكم واحد وأما الرابع فله حكم يخصه .

٢٠٩٦ - ففي الثلاثة الأول لا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين : الأول : أن يأذن الأب لها بذلك . الثاني : ألا يأذن .

٢٠٩٧ - فإن كان الأول فلا كلام في جواز انتقال الأم بالولد مطلقًا أي سواء كان المحل المنتقل إليه قريبًا أو بعيدًا وسواء كان وطنها وعقد عليها فيه أو لا ، لأنه بالإذن أسقط حقه .

٢٠٩٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يأذن لها بذلك فإما أن يكون المحل المنتقل إليه قريبًا أو بعيدًا فإن كان بعيدًا فإما أن يكون وطنها وقد عقد عليها فيه أو لا . فإن كان الأول جاز لها السفر بالولد ، لأن عقده عليها في هذا البلد يعد رضًا منه بإقامتها فيه . وإن كان الثاني بأن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها أو لم يكن وطنًا لها ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للإضرار بالأب .

٢٠٩٩ - وإن كان المحل الذي تريد الانتقال إليه قريبًا من محل إقامته جاز لها ذلك

لعدم الإضرار بالأب والمراد بالمحل القريب في هذا الموضع أن يكون بحيث يمكن الأب زيارة ولده في اليوم الذي يريدها ويعود إلى منزله قبل دخول الليل (١) .

(مادة ٣٩٣)

غَيْرُ الأُمِّ مِنَ الْحَاضِنَاتِ لا تَقْدِرُ بِأَيِّ حَالٍ عَلَى نَقْلِ الْوَلَدِ مِنْ مَحَلِّ حَضَانَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهِ (٢).

* * *

٢١٠٠ - وأما الحكم الخاص بالصورة الرابعة وهي الانتقال من مصر إلى قرية فهو أنه لا تمكن منه الأم بغير إذن الزوج ولو كانت القرية قريبة إلا إذا كانت القرية وطنها وقد عقد عليها فيها لأن القرية ليست كالمصر وتأمله .

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٤٨) : ١ - ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه .

٢ - للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها .

٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيمًا في تلك البلدة .

٤- تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين (٢) و (٣) السابقتين .

٥ - لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دوريًا في مكان وجود المحضون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فورًا دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقتها أن يراجع المحكمة . وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة (٤٨٢) من قانون العقوبات .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٦) : لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٤٩) : إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه .

الفصل الرابع
في النفقة الواجبة للأبناء على الآباء

(مادة ٣٩٤)

تَجِبُ النَّفَقَةُ بِأَنْوَاعِهَا الثَّلَاثَةِ عَلَى الأَبِ الحُرِّ وَلَوْ ذِمِّيًّا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ الحُرِّ الْفَقِيرِ ، سَوَاءٌ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الذَّكَرُ حَدَّ الْكَسْبِ وَيَقْدِرَ عَلَيْهِ ، وَتَتَزَوَّجَ الأُنْثَى (١) .

* * *

(مادة ٣٩٥)

يَجِبُ عَلَى الأَبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ الْفَقِيرِ الْعَاجِزِ عَنِ الْكَسْبِ ، كَزَمِنٍ وَذِي عَاهَةٍ تَمْنَعُهُ عَنِ الْكَسْبِ ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَبْنَاءِ الأَشْرَافِ وَلا يَنستَأْجِرُهُ النَّاسُ .

ونفقة الأنثى الكبيرة الفقيرة ، ولو لم يكن بها زمانة ، ما لم تتزوج (٢) .

* * *

٢١٠١ - النفقة عند الفقهاء تشمل الطعام والكسوة والسكنى وكلها واجبة على الأب لولده لكن على التفصيل الذي سيلقى عليك .

٢١٠٢ - وبيانه : أن الولد إما أن يكون غنيًّا أو فقيرًا وعلى كل فإمَّا أن يكون صغيرًا أو كبيرًا وعلى كل فإما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا . وكل له حكم يخصه .

٢١٠٣ - فإن كان الولد غنيًّا فنفقته في ماله سواء كان صغيرًا أو كبيرًا وسواء كان مذكرًا

---

(١) **قول الحنابلة** : جاء في الفروع (٥/٦٠١) : « وتجب على الأب فقط نفقة أولاده الأدنين فقط ، فالذكر حتى يبلغ ، والأنثى حتى تتزوج ، وحيث وجبت فسواء اتحد الدين أو لا » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٣/٦١٥ ، ٦١٦) : « (وكذا) تجب (لولده الكبير العاجز عن الكسب) كأنثى مطلقًا وزمن ومن يلحقه العار بالتكسب وطالب علم لا يتفرغ لذلك ، كذا في الزيلعي والعيني . وأفتى أبو حامد بعدمها لطلبة زماننا كما بسطه في القنية ، ولذا قيده في الخلاصة بذي رشد (لا يشاركه) أي الأب ولو فقيرًا (أحد في ذلك كنفقة أبويه وعرسه) به يفتى ما لم يكن معسرًا فيلحق بالميت ، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلا بد من إصلاح المتون جوهرة . [فروع] لو لم يقدر إلا على نفقة أحد والديه فالأم أحق ، ولو له أب وطفل فالطفل أحق به ، وقيل يقسمها فيهما » .

أو مؤنثًا لأن نفقته ، إنما وجبت على أبيه للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

٢١٠٤ - والمراد بكونه غنيًا أن يكون له مال سواء كان من النقود أو العروض أو العقار فإذا كان ماله غير نقود وكان صغيرًا فللأب أن يبيع منه وينفق من ثمنه عليه ولو كانت النفقة أجرة رضاعة أو حضانة .

٢١٠٥ - هذا إذا كان مال الولد حاضرًا فلو كان غائبًا وجبت النفقة على الأب وليس له أن يرجع بما أنفق في مال ولده إذا حضر إلا بأحد أمرين :

٢١٠٦ - **الأول** : أن يكون إنفاقه بإذن القاضي .

٢١٠٧ - **الثاني** : ألا يكون بأمره ولكنه أشهد أنه أنفق ليأخذه من المال إذا حضر فإذا لم يوجد واحد من هذين الأمرين فليس له الرجوع ولو نواه عند الإنفاق ولكن هذا بالنسبة للقضاء ، أما في الديانة يعني فيما بينه وبين اللّه تعالى فتكفيه في الرجوع نيته .

٢١٠٨ - وإن كان الولد فقيرًا فإن كان صغيرًا وجبت نفقته على أبيه سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

٢١٠٩ - ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن اللّه ﷻ أوجب على الأب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه وهو الولادة له لأن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له . فإذا وجبت نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى .

٢١١٠ - وبالتأمل نرى أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد ، لأن الولد يحتاج إليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى إن اللبن الذي هو مؤنته إنما يستحيل لبنًا من غذائها فإيجاب نفقتها عليه إيجاب لنفقته عليه .

٢١١١ - ولذا قالوا : إن نفقة الخادمة من نفقة الزوجة وإن كانت نفقة شخص آخر ، ولأن الولد جزء أبيه فكان كنفسه فتجب عليه نفقته .

٢١١٢ - وإن كان الولد الفقير كبيرًا فإما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا فإن كان مذكرًا فإما أن تكون به عاهة تمنعه من الكسب أو لا .

٢١١٣ - فإن كان الأول كما إذا كان مريضًا مرضًا مزمنًا أو به شلل أو عمًى ومثله ما إذا كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من أبناء الأشراف ولا يستأجره الناس ، وجبت نفقته على أبيه .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

٢١١٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم تكن عنده عاهة تمنعه من الكسب لم تجب النفقة على أبيه بل على نفسه .

٢١١٥ - والمراد بالكبير هنا : أن يكون قادرًا على الكسب وإن لم يكن بالغًا فللأب حينئذٍ أن يؤجره أو يدفعه في حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه فإن وفى كسبه بحاجته فبها ، وإن زاد حفظ الزائد ليسلمه إليه بعد بلوغه رشده ، وإن نقص فعلى أبيه تمام الكفاية .

٢١١٦ - وهذا إذا كان الأب محسنًا للتصرف ، فلو كان مبذرًا لم يسلم إليه كسب ابنه بل يسلم إلى أمين كما في سائر أمواله .

٢١١٧ - وإن كان مؤنثًا وجبت النفقة على الأب ، سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه إلى أن تتزوج ؛ فحينئذ تكون نفقتها على زوجها .

٢١١٨ - نعم إذا كانت الأنثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها في كسبها وبما أن وليها هو الأب فهو الذي يتولى الإنفاق عليها من ذلك الكسب ، فإن وفى بحاجتها فبها .

٢١١٩ - وإن زاد يدفع لها الزائد بعد بلوغ الرشد وإن نقص ألزم الأب بإتمام الكفاية ، ولكن لو كان الأب مبذرًا سلم كسبها إلى أمين كباقي أموالها لأن الأب ، والحالة هذه ، ليست له الولاية على أموال نفسه فعلى مال غيره من باب أولى .

٢١٢٠ - محل وجوب النفقة على الأب إذا كان الولد حرًا فلو كان رقيقًا وجبت نفقته على مالكه ولو كان أبوه حرا كما إذا تزوج حر جارية غيره ولم يشترط حرية أولاده منها فإن الأولاد يتبعون أمهم في الرق ويكونون مملوكين لسيد أمهم فتجب نفقتهم عليه وكذا لو كان الأب رقيقًا لا تجب عليه نفقة أولاده ولو كانوا أحرارًا .

٢١٢١ - فإذا تزوج رقيق حرة فأولاده منها أحرار تبعًا لأمهم ولا تجب نفقتهم على أبيهم لأنه لا يملك شيئًا إذ هو نفسه مملوك لسيده .

٢١٢٢ - ونفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان الأب غير مسلم بأن كان ذميًا فقولهم : النفقة لا تجب مع اختلاف الدين . محله في غير الزوجة والأولاد [1] كما سيأتي في شرح مادة (٤١٦) .

---

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٧٦) : استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين =

(مادة ٣٩٦)

لَا يُشَارِكُ الأَبَ أَحَدٌ فِي نَفَقَةِ وَلَدِهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ مُعْسِرًا زَمِنًا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ، فَيُلْحَقُ بِالْمَيِّتِ وَتَسْقُطُ عَنْهُ النَّفَقَةُ ، وَتَجِبُ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ فِي حَالَةِ عَدَمِهِ [1] .

* * *

(مادة ٣٩٧)

إِذَا كَانَ الأَبُ مُعْسِرًا وَلَا زَمَانَةَ بِهِ تَمْنَعُهُ عَنِ الْكَسْبِ ، فَلَا تَسْقُطُ عَنْهُ بِمُجَرَّدِ إِعْسَارِهِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ ، بَلْ يَتَكَسَّبُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ . فَإِنْ أَبَى مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الاكْتِسَابِ ، يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ ، وَيُحْبَسُ فِي نَفَقَةِ وَلَدِهِ .

فَإِنْ لَمْ يَفِ اكْتِسَابُهُ بِحَاجَةِ الْوَلَدِ ، أَوْ لَمْ يَكْتَسِب لِعَدَمِ تَيَسُّرِ الْكَسْبِ ، يُؤْمَرُ الْقَرِيبُ

= نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، فى حدود النسب الآتية :

(أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة ، وتكون ٤٠ ٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة .

(ب) ٢٥ ٪ للوالدين أو أيهما .

(ج) ٣٥ ٪ للولدين أو أقل .

(د) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

(هـ) ٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفى جميع الأحوال لايجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على (٥٠٪) تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٥) : ١ - إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيرًا عاجزًا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

٢ - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٨) : أ - إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه لا يشاركه فيها أحد ما لم يكن الأب فقيرًا عاجزًا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

ب - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم .

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٦١٥/٣ ، ٦١٦) : « (لا يشاركه) أي الأب ولو فقيرًا (أحد في ذلك كنفقة أبويه وعرسه) به يفتى ما لم يكن معسرًا فيلحق بالميت ، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلا بد من إصلاح المتون جوهرة » .

بِالإِنْفَاقِ عَلَى الْوَلَدِ نِيَابَةً عَنْ أَبِيهِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ (١) .

* * *

(مادة ٣٩٨)

الأُمُّ حَالَ عُسْرَةِ الأَبِ أَوْلَى مِنْ سَائِرِ الأَقَارِبِ بِالإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا . فَإِذَا كَانَ الأَبُ مُعْسِرًا وَهِيَ مُوسِرَةً ، تُؤْمَرُ بِالإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا ، وَلَا يُشَارِكُهَا الْجَدُّ .

وَإِنْ كَانَ الأَبَوَانِ مُعْسَرَيْنِ ، وَلَهُمَا أَوْلَادٌ يَسْتَحِقُّونَ النَّفَقَةَ ، يُؤْمَرُ بِهَا الْقَرِيبُ كَمَا ذُكِرَ آنِفًا ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا إِنْ أَبَى مَعَ يُسْرِهِ .

وَيَكُونُ إِنْفَاقُ الْقَرِيبِ دَيْنًا عَلَى الأَبِ الْمُعْسِرِ يَرْجِعُ بِهِ إِذَا أَيْسَرَ ، سَوَاءٌ كَانَ الْمُنْفِقُ أُمًّا أَوْ جَدًّا أَوْ غَيْرَهُمَا .

فَإِنْ كَانَ الأَبُ مُعْسِرًا وَزَمِنًا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ، فَلَا رُجُوعَ لأَحَدٍ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَى وَلَدِهِ (٢) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في رد المحتار (٦١٢/٣) : « (قوله الفقير) أي إن لم يبلغ حد الكسب ، فإن بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه في حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه لو كان ذكرًا ، بخلاف الأنثى كما قدمه في الحضانة عن المؤيدية . قال الخير الرملي : لو استغنت الأنثى بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها في كسبها كما هو ظاهر ، ولا نقول : تجب على الأب مع ذلك ، إلا إذا كان لا يكفيها فتجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه ، ولم أره لأصحابنا . ولا ينافيه قولهم بخلاف الأنثى ؛ لأن الممنوع إيجارها ، ولا يلزم منه عدم إلزامها بحرفة تعلمها . ا هـ . أي الممنوع إيجارها للخدمة ونحوها مما فيه تسليمها للمستأجر بدليل قولهم ؛ لأن المستأجر يخلو بها وهذا لا يجوز في الشرع ، وعليه فله دفعها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة مثلًا » .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٥/٤) : « عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة أو قعد أو فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العوارض التي تمنع الإنسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحًا مكتسبًا لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسرًا إلا للأب خاصة والجد عند عدمه فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادرًا على الكسب بعد أن كان معسرًا على ولده الموسر ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسرًا ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المنفق عليه إذا كان قادرا على الكسب كان مستغنيًا بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره إلا الولد ؛ لأن الشرع نهى الولد عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين ؛ وهو التأفيف بقوله ﷻ : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ ومعنى الأذى في إلزام الأب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ، ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين أبيه ولأن الشرع أضاف مال الابن إلى الأب فاللام للملك فكان ماله =

٢١٢٣ - والأب إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا ، فإن كان غنيًا بأن كان عنده ما يكفيه وأولاده فلا يشاركه أحد ولو الأم في نفقتهم سواء كانوا صغارًا أو كبارًا على الصحيح بشرط أن يكون الكل محتاجين كما تقدم تفصيله لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١)

٢١٢٤ - فإن امتثل أمر الشارع وأنفق على من تجب عليه نفقتهم من أولاده فبها ، وإن لم يمتثل وكانت له أموال ظاهرة باع القاضي عليه منها بمقدار النفقة زمنًا ، وهكذا يتجدد هذا الحق للقاضي كلما تجددت الحاجة للنفقة على المفتى به ، لأنه امتنع عن أمر واجب عليه فيقوم القاضي مقامه (٢) .

٢١٢٥ - فإن لم تكن له أموال ظاهرة استعمل القاضي معه ما يراه مؤديًا إلى امتثاله حتى لو علم أن مثله لا يمتثل إلا بالحبس كان له ذلك ولو أنهم نصوا على أنه لا يحبس والد وإن علا في دين ولده وإن سفل لأنهم استثنوا دَيْن النفقة من هذه القاعدة إذ في الامتناع عن الإنفاق تعريض النفس إلى التلف وهذا غير جائز خصوصًا بالنسبة إلى الأب بخلاف الامتناع عن تسديد غيرها من الديون فإنه لا يؤدي إلى ذلك .

٢١٢٦ - ومثل الأب في ذلك كل من وجبت عليه النفقة وامتنع .

٢١٢٧ - وإن كان فقيرًا فإما أن يكون قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه فإن كان قادرًا عليه وكانت طرق الكسب ميسرة أمر به ، فإن امتثل فبها .

= كماله وكذا هو كسب كسبه ؛ فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث : أن الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه ؛ لأنها لا تجب بدون قضاء القاضي ، والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة » .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري** : مادة (٧٧)

في حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، فنفقة الأولاد ، فنفقة الوالدين ، فنفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٦)

١ - إذا كان الأب عاجزًا عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم وجود الأب

٢ - تكون هذه النفقة دينًا للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٧١) : إذا كان الأب فقيرًا قادرًا على الكسب وكسبه لا يزيد عن حاجته أو كان لا يجد كسبًا يكلف بنفقة الولد من تجب عليه النفقة عند عدم الأب وتكون هذه النفقة دينًا للمنفق على الأب يرجع بها عليه إذا أيسر .

٢١٢٨ – وإن لم يمتثل استعمل معه القاضي ما يراه رادعًا له عن الامتناع ولو بالحبس لأن فى النفقة حياة النفوس كما تقدم فإن سعى واكتسب وكان كسبه يفي بنفقته وبنفقتهم فبها .

٢١٢٩ – وإن لم تكن طرق الكسب ميسرة أو كانت ولكن كسبه لا يفي بها يؤمر من يليه في وجوب الإنفاق عليهم وهي الأم فإنها هي الأولى بالإنفاق عليهم حال عسرة الأب من سائر الأقارب إذا كانت موسرة وبكون ما تنفقه دينا على الأب تأخذه منه إذا أيسر .

٢١٣٠ – فلو كانت الأم معسرة كالأب يؤمر بها القريب ويجبر عليها إن أبى مع يسره ، وحينئذٍ ينفق أبو الأب لأن نفقة الأب واجبة عليه في هذه الحالة فكذا نفقة أولاده وحكم غيبة القريب حكم عسرته فإذا غاب القريب أمر البعيد بالإنفاق ويأخذها منه إذا حضر .

٢١٣١ – وإن كان الأب الفقير عاجزًا عن الكسب كما إذا كان به مرض يمنعه عنه أو به شلل أو عمى سقطت عنه النفقة لإلحاقه بالأموات ، وحينئذ ينتقل وجوب النفقة إلى من تجب عليه عند عدمه .

وفي هذه الحالة لا رجوع للمنفق على الأب ولو أيسر في المستقبل لأنها غير واجبة عليه في هذه الحالة فلا يقال : إن المنفق قضى شيئًا واجبًا عليه ، بخلاف ما إذا كان قادرًا على الكسب (١) .

(مادة ٣٩٩)

إِذَا كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ مَعْدُومًا ، وَلَهُ أَقَارِبُ مُوسِرُونَ مِنْ أُصُولِهِ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ وَارِثًا لَهُ وَبَعْضُهُمْ غَيْرَ وَارِثٍ ، وَتَسَاوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْجُزْئِيَّةِ ، يُرَجَّحُ الْوَارِثُ ، وَتَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ جَدٌّ لأَبٍ وَجَدٌّ لأُمٍّ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْجَدِّ لأَبٍ .

فَإِنْ لَمْ يَتَسَاوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْجُزْئِيَّةِ ، يُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ جُزْئِيَّةً ، وَيُلْزَمُ بِالنَّفَقَةِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (١٧٠) : ١ – الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم يلزم بنفقة علاجهم .

٢ – إذا كان الأب معسرًا لا يقدر على أجرة الطبيب أو العلاج أو نفقة التعليم وكانت الأم موسرة قادرة على ذلك تلزم بها على أن تكون دينًا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار وكذلك إذا كان الأب غائبًا يتعذر تحصيلها منه .

٣ – إذا كان الأب والأم معسرين فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم الأب نفقة المعالجة أو التعليم على أن تكون دينًا على الأب يرجع المنفق بها عليه حين اليسار .

أُمٌّ وَجَدٌّ لأُمٍّ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الأُمِّ . وَإِنْ كَانَتْ أُصُولُهُ وَارِثِينَ كُلهُمْ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِم بِقَدْرِ اسْتِحْقَاقِهِمْ فِي الإِرْثِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ أُمٌّ وَجَدٌّ لأَبٍ فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا أَثْلاثًا ، عَلَى الأُمِّ الثُّلُثِ وَعَلَى الجَدِّ الثُّلُثَانِ (١) .

* * *

---

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٣١ ، ٣٢) : « وأما سبب وجوب هذه النفقة ، أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة ؛ لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه وإن شئت قلت : سبب نفقة الأقارب في الولادة وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع ؛ لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفضٍ إلى القطع . وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك ؛ وجب الفعل ضرورة وإذا عرف هذا فنقول : الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو إما أن كانت حال الانفراد وإما إن كانت حال الاجتماع ، فإن كانت حال الانفراد بأن لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة إلا واحدًا تجب كل النفقة عليه ؛ عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولادة والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم ، وإن كانت حال الاجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد ؛ فالنفقة على الأقرب في قرابة الولادة وغيرها من الرحم المحرم ، فإن استويا في القرب ففي قرابة الولادة يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثًا ، وإن لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما . وأما في غيرها من الرحم المحرم فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوبًا ؛ فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثًا وإن كان كل واحد منهما وارثًا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وإنما كان كذلك ؛ لأن النفقة في قرابة الولادة تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ علق ﷻ وجوبها باسم الولادة ، وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله ﷻ : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ علق ﷻ الاستحقاق بالإرث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا : إن من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو أوصى لولد فلان ؛ كان الذكر والأنثى فيه سواء فدل به ما ذكرنا .

وبيان هذا الأصل إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن ؛ لأنه أقرب ، ولو كان الابن معسرًا وابن الابن موسرًا فالنفقة على الابن أيضًا إذا لم يكن زَمِنًا ؛ لأنه هو الأقرب ولا سبيل إلى إيجاب النفقة على الأبعد مع قيام الأقرب إلا أن القاضي يأمر ابن الابن بأن يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر فيصير الأبعد نائبًا عن الأقرب في الأداء ، ولو أدى بغير أمر القاضي لم يرجع ، ولو كان له أب وجد فالنفقة على الأب لا على الجد ؛ لأن الأب أقرب ، ولو كان الأب معسرًا والجد موسرًا فنفقته على الأب أيضًا إذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بأن ينفق ثم يرجع على الأب إذا أيسر ، ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الأب ؛ لأنه أقرب إلا أنه إذا كان الأب معسرًا غير زمن وابن الابن موسرًا فإنه يؤدي عن الأب بأمر القاضي ثم يرجع عليه إذا أيسر ، ولو كان له أب وابن ، فنفقته على الابن لا على الأب وإن استويا في القرب والوراثة ويرجح الابن بالإيجاب عليه ؛ لكونه كسب الأب فيكون له حقًّا في كسبه ، وكون ماله مضافًا إليه شرعًا لقوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » ولا يشارك الولد في نفقة والده أحد لما قلنا وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة ، والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الإنسان أحد في نفقة جده وجدته عند =

= عدم الأب والأم ؛ لأن الجد يقوم مقام الأب عند عدمه والجدة تقوم مقام الأم عند عدمها . ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا إذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الأنثى في النفقة ؛ لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولادة ، ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت ؛ لأن الولادة لها ، وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث ؛ لأن الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحة أبيه ؛ لأنها أجنبية عنه إلا أن يكون الأب محتاجًا إلى من يخدمه ، فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته ؛ لأنه يؤمر بخدمة الأب بنفسه أو بالأجير ، ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الأب لا على الأم بالإجماع وإن استويا في القرب والولادة ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد ؛ لأن الله تعالى خص الأب بتسميته بكونه مولودًا له ، وأضاف الولد إليه فاللام الملك وخصه بإيجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾ أي رزق الوالدات المرضعات سمى الأم والدة والأب مولودًا له وقال ﷻ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ خص ﷺ الأب بإيتاء أجر الرضاع بعد الطلاق ، وكذا أوجب في الآيتين كل نفقة الرضاع على الأب لولده الصغير وليس وراء الكل شيء ولا يقال : إن الله ﷻ قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾ ثم قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ والأم وارثة فيقتضي أن تشارك في النفقة كسائر الورثة من ذوي الرحم المحرم وكمن قال : أوصيت لفلان من مالي بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا ؛ لأنا نقول لما جعل الله ﷻ كل النفقة على الأب بقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ ﴾ تعذر إيجابها على الأم حال قيام الأب فيحمل على حال عدمه ليكون عملًا بالنص من كل وجه في الحالين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوي الرحم المحرم ، وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما في حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ، ولو كان الأب معسرًا غير عاجز عن الكسب والأم موسرة فالنفقة على الأب لكن تؤمر الأم بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر ؛ لأنها تصير دينًا في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي ، ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الأب والحضانة على الجدة ؛ لأن الأم لما لم تشارك الأب في نفقة ولده الصغير مع قربها ؛ فالجدة مع بعدها أولى هذا إذا كان الولد صغيرًا فقيرًا وله أبوان موسران ، فأما إذا كان كبيرًا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر في كتاب النكاح أن نفقته أيضًا على الأب خاصة ، وذكر الخصاف أنه على الأب والأم أثلاثًا ثلثاها على الأب وثلثها على الأم ، وجه ما ذكره الخصاف أن الأب إنما خص بإيجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية ، وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما ، وجه رواية كتاب النكاح أن تخصيص الأب بالإيجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولودًا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغر ، واعتبار الولاية والإرث في هذه النفقة غير سديد ؛ لأنها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا إرث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده ؛ لأنه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج في نفقة زوجته أحد ؛ لأنه لا يشاركه أحد في سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح ، حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج أو أب موسر أو أخ موسر ؛ فنفقتها على الزوج لا على الأب والابن والأخ ، لكن يؤمر الأب أو الابن أو الأخ بأن ينفق عليها ثم يرجع على الزوج إذا أيسر ، ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما في القرابة والوراثة سواء ، ولا ترجيح =

= لأحدهما على الآخر من وجه آخر ، فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث : السدس على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث ، ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثًا : الثلث على الأم والثلثان على الجد على قدر ميراثهما ، وكذلك إذا كان له أم وأخ لأب وأم أو لأب أو ابن أخ لأب وأم أو لأب أو عم لأم وأب أو لأب ؛ كانت النفقة عليهما أثلاثًا : ثلثها على الأم والثلثان على الأخ وابن الأخ والعم وكذلك إذا كان له أخ لأب وأم وأخت لأب وأم ؛ كانت النفقة عليهما أثلاثًا على قدر ميراثهما ، ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لأم فالنفقة عليهما أسداسًا سدسها على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ، ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسًا على قدر الميراث ، ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم ؛ لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع ، والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثًا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ، ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثًا : ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ، ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم ؛ لأنهما ما استويا في سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع ؛ إذ الخال هو ذو الرحم المحرم ، واستحقاق الميراث للترجيح ، والترجيح يكون بعد الاستواء في ركن العلة ولم يوجد ، ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق الإرث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شيء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة القطع ، ولو كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم ، فالنفقة على الأخوات على خمسة أسهم : ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم ، وسهم على الأخت لأم ، وسهم على الأخت لأب على قدر الميراث ، ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كأنه ليس له إلا الأخوات ، وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ، ولو كان له ثلاثة إخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والأم وعلى الأخ للأم على قدر الميراث أسداسًا ؛ لأن الأخ لا يرث معهما فيلحق بالعدم ، ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم ؛ لأن العم مساوٍ لهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم وفضلهما بكونه وارثًا ؛ إذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما ، وإن كان العم معسرًا فالنفقة عليهما ؛ لأنه يجعل كالميت .

والأصل في هذا أن كل من كان يحوز جميع الميراث ، وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت ؛ كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم ، وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه بيان هذا الأصل : رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة إخوة متفرقين ، فنفقة الأب على أخيه لأبيه وأمه وعلى أخيه لأمه أسداسًا : سدس النفقة على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ، ونفقة الولد على الأخ لأب وأم خاصة ؛ لأن الأب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب هذا فأما الابن فوارثه العم لأب وأم لا العم لأب ولا العم لأم ؛ فكانت نفقته على عمه لأب وأم ، ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن أخماسًا : ثلاثة أخماسها على الأخت لأب وأم ، وخمس على الأخت لأب وخمس على الأخت لأم على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لأب وأم ؛ لأنها هي الوارثة منه لا غير ، ولو كان مكان الابن بنت والمسألة بحالها ؛ فنفقة الأب في الإخوة المتفرقين على أخيه لأبيه وأمه ، وفي الأخوات المتفرقات على أخته لأبيه وأمه ؛ لأن البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل =

= كالميتة فكان الوارث معها الأخ للأب والأم لا غير والأخت لأب وأم لا غير ؛ لأن الأخ والأخت لأم لا يرثان مع الولد ، والأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم والأخت لأب لا ترث مع البنت والأخت لأب وأم ؛ لأن الأخوات مع البنات عصبة ، وفي العصبات يقدم الأقرب فالأقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لأب وأم أو على العمة لأب وأم ؛ لأنهما وارثاها بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هناك لا يمكن الإيجاب للنفقة على الإخوة والأخوات إلا بجعل الابن كالميت ؛ لأنه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتًا حكمًا ، ولو كان الابن ميتًا كان ميراث الأب للأخ لأب وأم وللأخ لأم أسداسًا وللأخوات أخماسًا ، فكذا النفقة وعلى هذا الأصل مسائل » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٥١/٨ ، ٣٥٢) : « (ومن له أبوان) أي : أب ، وإن علا وأم (ف) نفقته (على الأب) ولو بالغًا استصحابًا لما كان في صغره ولعموم خبر هند (وقيل) هي (عليهما لبالغ) عاقل لاستوائهما فيه بخلاف الصغير والمجنون لتميز الأب بالولاية عليهما (أو) اجتمع (أجداد وجدات) لعاجز (إن أدلى بعضهم ببعض فالأقرب) هو الذي ينفقه لإدلاء الأبعد به (وإلا) يدل بعضهم ببعض (ف) الاعتبار (بالقرب) فينفقه الأقرب منهم (وقيل) الاعتبار بوصف (الإرث) كما مر في الفروع (وقيل) الاعتبار (بولاية المال) أي : بالجهة التي تفيدها ، وإن وجد مانعها كالفسق ؛ لأنها تشعر بتفويض التربية إليه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٤/٨ ، ١٧٥) : « مسألة قال : (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب ، أجبر وارثه على نفقته ، على قدر ميراثهم منه) ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه ، إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها . وبه قال الحسن ، ومجاهد ، والنخعي ، وقتادة ، والحسن ابن صالح ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، في الصبي المرضع لا أب له ولا جد ، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء . وكذلك روى بكر بن محمد ، عن أبيه ، عن أحمد : النفقة على العصبات . وبه قال الأوزاعي ، وإسحاق . وذلك لما روي عن عمر ﷺ أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته . احتج به أحمد . وقال ابن المنذر : روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء . ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة ، فاختصت بها العصبات ، كالعقل . وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ، ولا تجب على غيرهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ .

وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ؛ لأن النبي ﷺ قال لرجل سأله : عندي دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على ولدك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على أهلك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على خادمك » . قال : عندي آخر ؟ . قال : « أنت أعلم » . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها ، فلا يصح قياسه عليهم . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ . فأوجب على الأب نفقة الرضاع ، ثم عطف الوارث عليه ، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد . وروي أن رجلًا سأل النبي ﷺ قال : من أبر ؟ قال : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك » . وفي لفظ : « ومولاك الذي هو أدناك ، حقًّا واجبًا ، ورحمًا موصولًا » . رواه أبو داود . وهذا نص ؛ لأن النبي ﷺ ألزمه الصلة والبر ، والنفقة من الصلة ، جعلها حقًّا واجبًا ، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه ، فإن اللفظ =

= عام في كل ذي رحم فيكون حجة عليه في عداد الرحم المحرم ، وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق . وأما خبر أصحاب الشافعي ، فقضية في عين ، يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه ؛ ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد . وقولهم : لا يصح القياس . قلنا : إنما أثبتناه بالنص ، ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد ، مع التفاوت ، فبطل ما قالوه . إذا ثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب ، لعموم الآية ، ولا يتناول ذوي الأرحام ، على ما مضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر ، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يلزم الرجل نفقة بنت عمه ، ولا يلزمه نفقة بنت أخته . وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث هاهنا ؛ لقول أحمد : العمة والخالة لا نفقة لهما . إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها ؛ لكونه ابن أخيها من أمها .

وقد ذكر الخرقي ، أن على الرجل نفقة معتقه ؛ لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ، ولا تلزمه نفقته . فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ، ولا يلزمهن نفقته . وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ . وكل واحد من هؤلاء وارث .

مسألة : قال : (فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثا النفقة) وجملته أنه إذا لم يكن للصبي أب ، فالنفقة على وارثه . فإن كان له وارثان ، فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر ، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ؛ فإذا كان له أم وجد ، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ؛ لأنهما يرثانه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ؛ لأنه ينفرد بالتعصيب ، فأشبه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد ، أن النفقة على العصبات خاصة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ والأم وارثة ، فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يستحق بالنسب ، فلم يختص به الجد دون الأم كالوراثة .

فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنفقة بينهما أثلاثًا ، كالميراث . وقال أبو حنيفة : النفقة عليهما سواء ؛ لأنهما سواء في القرب . وإن كان أم وابن ، فعلى الأم السدس والباقي على الابن . وإن كانت بنت وابن ابن ، فالنفقة بينهما نصفان . وقال أبو حنيفة : النفقة على البنت ؛ لأنها أقرب . وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث : النفقة على الابن ؛ لأنه العصبة . وإن كانت له أم وبنت ، فالنفقة بينهما أرباعًا ؛ لأنهما يرثانه كذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت ؛ لأنها تكون عصبة مع أخيها . وإن كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت ؛ لأنه ذكر . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ فرتب النفقة على الإرث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه ، وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى ، فإنه ليس بعصبة ولا وارث ، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

مسألة : قال : (فإن كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات) يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة هاهنا سدس الميراث ، فعليها سدس النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه . وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي =

٢١٣٢ - وكل هذه الأحكام مفروضة فيما إذا كان الأب حيًّا سواء كان غنيًّا أو فقيرًا قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه . أما إذا مات الأب عن أولاد صغار وليس لهم مال ينفق عليهم منه ولم يبلغوا حد الكسب لينفق عليهم من كسبهم ، فحينئذ ينتقل وجوب النفقة إلى غيره من الأقارب وعند التأمل ترى أن الأقارب لا يخرجون عن واحد من ثلاثة :

٢١٣٣ - **الأول** : أن يكون الكل أصولًا .

٢١٣٤ - **الثاني** : أن يكونوا أصولًا وحواشي .

٢١٣٥ - **الثالث** : أن يكون الكل حواشي . ولا يتأتى الإتيان هنا بالفروع لأن الموضوع أن الأولاد صغار .

٢١٣٦ - فإن كان الأول فإمَّا أن يكون بعضهم وارثًا والبعض الآخر غير وارث وإما أن يكون الكل وارثين وعلى كل حال فإما أن يتساووا في القرب والجزئية أو يختلفوا ؛ فالصور أربع ، الصورة :

٢١٣٧ - **الأولى** : أن يكون بعضهم وارثًا وبعضهم غير وارث واستووا في الجزئية .

٢١٣٨ - **الثانية** : أن يكونوا كذلك واختلفوا فيها .

٢١٣٩ - **الثالثة** : أن يكون الكل وارثين واستووا في الجزئية .

٢١٤٠ - **الرابعة** : أن يكون الكل وارثين واختلفوا فيها .

٢١٤١ - ففي الصورة الأولى يرجح الوارث فيلزم بالنفقة . وينبني على ذلك : أن الصغير لو كان له أبو أب وأبو أم فوجوب النفقة على أبي الأب وحده لأنه وإن اتحد مع أبي الأم في الجزئية إذ كل منهما بينه وبين الصغير واسطة واحدة وهي الأب أو الأم إلا أن أبا الأب هو الوارث لأنه إذا فرضت وفاة هذا الصغير عنهما وكانت له تركة أخذها أبو الأب ولا شيء منها لأبي الأم لأنه من ذوي الأرحام وهم لا يستحقون شيئًا مع

= النسب ، يجعل النفقة كلها على الجدة . وهذا أصل قد سبق الكلام فيه . فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبة ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو ثلاث أخوات مفترقات ، فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك ، سواء كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن . وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل . وإن اجتمع أم أم وأم أب ، فهما سواء في النفقة ؛ لاستوائهما في الميراث .

فصل : فإن اجتمع أبو أم ، فالنفقة على أم الأم ؛ لأنها الوارثة . وإن اجتمع أبو أب ، فعلى أم الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جد وأخ ، فهما سواء . وإن اجتمعت أم وأخ وجد ، فالنفقة بينهم أثلاثًا . وقال الشافعي : النفقة على الجد في هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالنفقة عليهما بالسوية . وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم » .

العصبة والحكم في هذه الصورة ظاهر لقولهم : إن الغرم بالغنم .

٢١٤٢ - وفي الصورة الثانية يعتبر الأقرب جزئية ويلزم بالنفقة سواء كان وارثًا أو غير وارث .

٢١٤٣ - وينبني على ذلك وجوب النفقة على الأم لأولادها فيما إذا كانت الأقارب الموجودة أمًّا وأبًا أم لأنها أقرب إذ الولد جزؤها بلا واسطة بخلاف أبي الأم فإن الولد جزؤه بواسطة بنته التي هي أم الصغيرة .

٢١٤٤ - وهذا الحكم ظاهر أيضًا في مثل هذه الصورة لأنه مبني على القاعدة المتقدمة وهي قولهم : الغرم بالغنم . إذ لو فرض موت الولد عن تركة وليس له من الأقارب إلا أمه وأبو أمه استحقت الأم كل التركة فرضًا وردًا ولا يشاركها أبوها لأن الأم من ذوي الفروض وأبوها من ذوي الأرحام فلا يستحق معها شيئا إذ الرد مقدم على توريث ذوي الأرحام .

٢١٤٥ - ومثل هذه الصورة في الحكم أم وأم أب أو أم وأم أم لأن الأم أقرب منهما وهي الوارثة لأنها تحجب الجدات سواء كن من جهة الأب أو من جهة الأم ولو كان للصغير أبو أم وأبو أبي أب وجبت النفقة على الأول لأنه أقرب جزئية مع أن الوارث هو الثاني وهذا ليس منطبقًا على القاعدة المتقدمة فلو قيل : تجب النفقة على قدر الميراث مطلقًا كما قال بعضهم في نفقة الأصول على الفروع لكان ظاهرًا .

٢١٤٦ - وحكم الصورتين الثالثة والرابعة واحد وهو وجوب النفقة عليهم بقدر استحقاقهم في الإرث وينبني على هذا إنه لو كان للصغير أم أم وأم أب وجبت النفقة عليهما أنصافًا لأنهما متحدتان مرتبة وإرثهما بهذه النسبة إذ لو فرض موت الصغير عن تركة ولا وارث له غيرهما استحقتا التركة أنصافًا فرضًا وردًا ولو كان للصغير أم أم وأبو أب وجبت النفقة عليهما أسداسًا فأم الأم يلزمها السدس وأبو الأب الباقي لأن إرثهما بهذه النسبة ولو كان له أم وأبو أب وجبت النفقة عليهما أثلاثًا على الأم الثلث وعلى أبي الأب الثلثان ، ولو كانت الدرجة مختلفة إذ الاستحقاق في الميراث بهذه النسبة .

٢١٤٧ - ولا يخفى عليك أن هذه الأحكام مفروضة فيما إذا كان كل الأصول موسرين فإن كان بعضهم معسرًا وجبت على الموسر وحده كما إذا لم يوجد إلا شخص واحد من أصوله فإن النفقة واجبة عليه إذا كان موسرًا [1] .

---

(١) جاء في **قانون الأحوال الشخصية الأردني** : نفقة القريب الفقير : المادة (١٧٣) : تجب نفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بآفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين بحسب حصصهم الإرثية وإذا كان الوارث معسرًا تفرض على من يليه في الإرث ويرجع بها على الوارث إذا أيسر .

(مادة ٤٠٠)

إِذَا كَانَتْ أَقَارِبُ الطِّفْلِ الْفَقِيرِ الْمَعْدُوم أَبُوهُ بَعْضُهُمْ أُصُولاً وَبَعْضُهُمْ حَوَاشِيَ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الصِّنْفَيْنِ وَارِثًا وَالآخَرُ غَيْرَ وَارِثٍ، يُعْتَبَرُ الأَصْلُ لَا الْحَاشِيَةُ ، وَيُلْزَمُ بِالنَّفَقَةِ ، سَوَاءٌ كَانَ هُوَ الْوَارِثَ أَمْ لَا .

فَلَوْ كَانَ لِلْوَلَدِ جَدٌّ لأَبٍ وَأَخٌ شَقِيقٌ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْجَدِّ . وَلَوْ كَانَ لَهُ جَدٌّ لأُمٍّ وَعَم فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْجَدِّ لأُمٍّ .

فَإِنْ كَانَ كُلٌّ مِنَ الأُصُولِ وَالْحَوَاشِي وَارِثًا ، يُعْتَبَرُ الإِرْثُ ، وَتَجِبُ عَلَيْهِمْ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمْ فِي الإِرْثِ .

فَلَوْ كَانَ لِلصَّغِيرِ أُمٌّ وَأَخٌ عَصَبِيٌّ أَوْ أَمٌ وَابْنُ أَخٍ كَذَلِكَ أَوْ أُمٌّ وَعَمٌّ كَذَلِكَ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا أَثْلاثًا ، عَلَى الأُمِّ الثُّلُث وَعَلَى الْعَصَبَةِ الثُّلُثَانِ [١] .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٦٧/١) : « إذا كانوا أصولاً وحواشي فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحًا للجزئية ولا مشاركة في الإرث حتى تعتبر بقدر الميراث فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث هو الصنف الآخر الذي معه ، مثال الأول ما في الخانية لو له جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد . ومثال الثاني ما في القنية لو له جد لأم وعم فعلى الجد أي لترجحه فيهما بالجزئية مع عدم الاشتراك في الإرث لأنه هو الوارث في الأول والوارث هو العم في الثاني وإن كان كل من الصنفين – أعني الأصول والحواشي – وارثًا اعتبر الإرث ففي أم وأخ عصبية أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان بدائع ثم إذا تعددت الأصول في هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر في القسم الخامس مثلًا لو وجد في المثال الأول جد لأم مع الجد لأب نقدم عليه الجد لأب لترجحه بالإرث ولو وجد في المثال الثاني أم مع الجد لأم نقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب ، وكذلك لو وجد في الأمثلة الأخيرة جد لأم مع الأم نقدمها عليه لما قلنا ولو وجد معها جد لأب كانت النفقة عليه وحده كما في الخانية لأنه يحجب الأخ وابنه والعم من الإرث لتنزيله حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب لم تشاركه الأم في النفقة وإن شاركته في الإرث كما لو كان الأب موجودًا حقيقة كما قررناه قبيل هذا الفصل .
وإذا كانوا حواشي فقط يعتبر فيه الإرث أي أهليته لا حقيقته وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح الوارث حقيقة ففي خال وابن عم على الخال لأنه رحم محرم أهل للإرث عند عدم ابن العم ولا شيء على ابن العم وإن كان الميراث كله له لأنه غير محرم ولا تجب نفقة على غير محرم أصلًا ، وفي خال وعم على العم لاستوائهما في الرحم والمحرمية وترجح العم بأنه وارث حقيقة ، وفي عم وعمة وخالة على العم أيضًا ولو كان العم معسرًا فعلى العمة والخالة أثلاثًا كإرثهما ويجعل العم كالعدم لأنه يحرز كل الميراث هذا زبدة ما حررته في تلك الرسالة بما لم أسبق إليه ، ولم يقف أحدٌ قبلي عليه وذلك بحول الله تعالى وقوته لا بحولي وقوتي ، فدونك هذا الضابط الجامع سهل المآخذ وعض عليه بالنواجذ ، وإن أردت زيادة تحقيق هذا المقام فعليك بتلك الرسالة والسلام » .

٢١٤٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان بعض أقارب الطفل الفقير المعدوم الأب أصولًا وبعضهم حواشي فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن يكون أحد الصنفين وارثا والآخر غير وارث . الثاني : أن يكون كل من الصنفين وارثًا .

٢١٤٩ - فإن كان الأول اعتبر الأصل لا الحاشية سواء كان الأصل هو الوارث أو لا وحينئذ يلزم بالنفقة ولو كان الوارث غيره فإذا فرض أن لهذا الصغير أبا أب وأخًا شقيقًا موسرين وجبت نفقته على أبي الأب لأنه هو الأصل والوارث .

٢١٥٠ - إذ لو فرض أن هذا الصغير توفي عنهما وله تركة استحقها الجد ولا شيء للأخ فيلزم بالنفقة عند احتياج الصغير ، ومثل هذا المثال ما إذا كان مع أبي الأب عم شقيق أو أخ لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو وجد الكل معه فإنه هو الذي يلزم بالنفقة لأنهم لا يستحقون معه شيئًا في تركته على فرض وجودها وهذا الحكم ظاهر لأن الغرم بالغنم .

٢١٥١ - ولو فرض أن لهذا الصغير أبا أم وأخًا شقيقًا أو لأب ألزم أبو الأم بالنفقة ولو كان الآخذ للتركة غيره عند وجودها لأنه هو الأصل .

٢١٥٢ - ومثل هذا ما إذا كان مع أبي الأم عم شقيق أو لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب فإن الملزم بالنفقة هو أبو الأم وإن كان المستحق للتركة غيره وهذا غير ظاهر لأنه غير جار على القاعدة المتقدمة وهي الغرم بالغنم .

٢١٥٣ - ولذا استشكل بعض الحنفية كثيرًا من الفروع التي وردت في هذا الموضوع ، وإن كان البعض الآخر أجاب عنها بأجوبة غير مقنعة ولذا كان الظاهر رأي بعضهم وهو وجوبها على قدر الإرث .

٢١٥٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان كل من الأصول والحواشي وارثًا اعتبر الإرث فتجب عليهم النفقة على قدر أنصبائهم فيه فلو كان لهذا الصغير أم وأخ شقيق وجبت النفقة عليهما أثلاثًا على الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان لأنه إذا فرض موت هذا الصغير عن مال أخذت الأم الثلث بطريق الفرض والأخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب .

٢١٥٥ - ومثل هذا ما إذا كان مع الأم أخ لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو عم شقيق أو لأب أو ابن عم كذلك أما لو كان بدل الأم في الأمثلة المتقدمة أم أم أو أم أب وجبت النفقة أسداسًا السدس على أم الأم أو أم الأب والخمسة الأسداس على العصبة

لأن الاستحقاق في التركة على فرض وجودها يكون بهذه النسبة وهذا الحكم ظاهر لانطباقه على القاعدة المشهورة : الغرم بالغنم .

٢١٥٦ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان الكل حواشي كالأخوة والأخوات وجبت النفقة بقدر الإرث كما سيأتي تفصيله في نفقة غير الأصول والفروع .

(مادة ٤٠١)

إِذَا كَانَ الأَبُ غَائِبًا ، وَلَهُ أَوْلَادٌ مِمَّنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، وَلَهُ مَالٌ عِنْدَهُمْ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَأْمُرَ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ مِنْهُ إِنْ كَانَ نَسَبُهُمْ مَعْرُوفًا أَوْ مَعْلُومًا لَدَى الْحَاكِمِ .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ ، أَوْ دَيْنٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ ، وَأَقَرَّ الْمُودَعُ أَوِ الْمَدِينُ بِالْمَالِ وَبِالأَوْلَادِ ، أَوْ لَمْ يُقِرَّ وَالْحَاكِمُ يَعْلَمُ ذَلِكَ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالُ الْغَائِبِ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ بِأَنْ كَانَ عَقَارًا أَوْ عرُوضًا، فَلا يُبَاعُ مِنْهُ شَيْءٌ لِلنَّفَقَةِ ، بَلْ تُؤْمَرُ الأُمُّ بِالاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ لِنَفَقَةِ الأَوْلَادِ .

وَلِلْوَلَدِ إِذَا كَانَ مَالُ أَبِيهِ الْغَائِبِ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ أَنْ يُنْفِقَ مِنْهُ بِقَدْرِ كِفَايَتِهِ بِلا قَضَاءٍ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١ ، ٥٦٤) : « إذا كان الرجل غائبًا ، وله مال حاضر ، فإن كان القاضي لا يأمر أحدًا بالنفقة من ماله إلا الأبوين الفقيرين وأولاده الصغار الفقراء الذكور والإناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والإناث والفقيرات والزوجة ، ثم إن كان المال حاضرًا عند هؤلاء ، وكان النسب معروفًا ، أو علم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه ، وإن لم يعلم بالنسب ، فطلب بعضهم أن يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة ، وكذلك إذا كان له مال وديعة عند إنسان ، وهو مقر بها أمرهم القاضي بالإنفاق منها ، وكذلك إذا كان له دين على إنسان ، وهو مقر به ، وإن كان صاحب اليد أو المديون منكرًا فأرادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي إلى ذلك ، هذا إذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام ونحوها كذا في البدائع . وإذا كان للغائب عن الوالدين ، أو الولد أو الزوجة مال من جنس حقوقهم فأنفقوا على أنفسهم جاز ، ولم يضمنوا ، فإن كان عندهم غيرهم وأعطاهم بأمر القاضي حتى أنفقوا على أنفسهم لم يضمن صاحب اليد ، وإن كان أعطاهم بغير أمر القاضي كان ضامنًا هذا إذا كان ما تركه الغائب من جنس حقهم ، فأما إذا لم يكن من جنس حقهم فأرادوا أن يبيعوا شيئًا من مال الغائب لنفقتهم أجمعوا على أن سوى الولد المحتاج لم يملك بيع عقار الغائب ، ولا بيع عروضه بالنفقة ، وأما الأب المحتاج فيملك بيع المنقول بالنفقة استحسانًا ، ولا يملك بيع العقار إلا إذا كان الولد الغائب صغيرًا ، وهذا قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب المفقود ؛ وأجمعوا على أن حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٤/٣ ، ٤٤٥) : « (لو امتنع) القريب (من نفقة القريب) له =

٢١٥٧ - ولا يشترط في قضاء القاضي بنفقة الأولاد على الأب أن يكون حاضرًا ، بل يقضى بها على الأب ولو كان غائبًا ، والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للأولاد بسببها ألا يسهل إحضار الأب ومراجعته ولو كان مختفيًا في البلد الذي فيه الأولاد فلا يشترط أن يكون الغائب مفقودًا أي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته ولا أن يكون الغيبة مدة سفر شرعي وهذا هو المعول عليه وإن كان بعضهم يرى خلافه .

٢١٥٨ - وليس هذا خاصًا بنفقة الأولاد على الأب بل هو جارٍ في القضاء بنفقة الآباء على الأولاد وبنفقة الزوجة على الزوج عند هذه الغيبة بخلاف غيرهم من الأقارب .

٢١٥٩ - وينبني على ذلك : أنه إذا غاب شخص وطلب غيره من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب أن يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه إلى طلبه إلا إذا كان الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له .

٢١٦٠ - فلو كان أخًا أو عمًّا أو خالًا مثلا فلا يفرض القاضي له النفقة ، والسبب في ذلك أن نفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء وإنما القضاء في حقهم من باب الإعانة والفتوى بخلاف نفقة غيرهم ؛ فإنها لا تجب إلا بالقضاء لكونها مجتهدًا فيها لأن الإمام الشافعي لا يقول بوجوب النفقة لغير الأصول والفروع والزوجة فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب .

٢١٦١ - ولذا يجوز لكل من الأصول والفروع والزوجة أن ينفق من مال الغائب الذي وجبت النفقة عليه وإن لم يقض القاضي بذلك ولكن يشترط أن يكون هذا المال من جنس النفقة لأنك عرفت أن النفقة واجبة لهم قبل القضاء وإنما القضاء في حقهم من باب الإعانة والفتوى فحقهم ثابت .

= (أو غاب) ، وله ثم مال (فله أخذها من ماله ، وكذا الأم) لها أخذها (للطفل) ، ولو بغير إذن القاضي من مال أبيه إذا امتنع من نفقته أو غاب ، وله ثم مال لقصة هند (ولو) كان ماله (من غير جنسه) أي الواجب (أن عدم الجنس) ، وإلا فلا يؤخذ إلا منه ، والتصريح بهذا القيد في مسألة الغيبة من زيادته (فإن لم يكن) له ثم (مال أذن القاضي) للقريب (في الاقتراض على) قريبه (الغائب أو للأم) في الاقتراض على الأب الغائب ، و (الإنفاق على الصغير) بشرط أهليتها لذلك كما صرح به الأصل فإن لم يأذن لهما في الاقتراض عليه لم يقترضا عليه وقيل للأم أن تقترض عليه ، والترجيح فيها من زيادته أخذًا من اقتراض القريب عليه وبه صرح الإسنوي وغيره قالوا وتقدم في زكاة الفطر ما يدل له أيضًا كما يدل له ما يأتي في الجد (فإن لم يكن ثم قاضٍ فاقترضا) على الغائب (وأشهدا) بذلك (رجعا) - عليه بما اقترضاه (وإلا) أي ، وإن لم يشهد به (فوجهان) قال الأذرعي : ينبغي أن يفصل بين أن يتمكنا من الإشهاد أو لا كما قيل بمثله في مسألة هرب الجمال » .

٢١٦٢ - وإن لم يقض به فلهم أخذه من غير أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ولكن لو رفعوه إليه طالبين منه القضاء بالنفقة أجابهم إلى هذا الطلب .

٢١٦٣ - وقد عرفت الكلام على النفقة في هذه الحالة بالنسبة للزوجة في الفصل الخامس في نفقة زوجة الغائب ويأتي الكلام بالنسبة لنفقة الأصول على الفروع .

٢١٦٤ - فالموضوع الآن خاص بالنفقة الواجبة للفروع على الأصول ، فإذا غاب الأب وطلبت الأولاد الذين تجب نفقتهم عليه سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا كبارًا أو صغارًا من القاضي أن يفرض لهم النفقة أجابهم إلى هذا الطلب متبعًا الأحكام الآتية وهي أن الغائب إن كان له مال فإما أن يكون من جنس النفقة أو لا . وكلٌّ له حكم يخصه وإليك البيان :

٢١٦٥ - فإن كان له مال وهو من جنس حقهم في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة أو كان ثيابًا من جنس حقهم في الكسوة فرض لهم فيه النفقة سواء كان هذا المال موجودًا في منزل الأب أو غير موجود فيه بأن كان مودعا عند غيره بأن أعطى لغيره شيئًا مما ذكر ليحفظه له فإنه يكون مملوكًا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو كان دينًا كما إذا باع لغيره بيتًا مثلًا بمائتي جنيه ولم يستلم منه الثمن فإنه يكون دينًا عليه .

٢١٦٦ - ولكن إذا كانت دعواهم أن المال الذي تركه أبوهم موجودًا في منزله فرض لهم النفقة فيه وأمرهم بالأخذ منه على حسب الفرض الذي قدره وأما إذا كانت دعواهم أنه ترك وديعة عند شخص فإن القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواهم فإما أن يقر بالنسب والوديعة أو ينكرهما أو يقر بالنسب وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر النسب .

٢١٦٧ - فإن أقرَّ بهما فرض القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع بإعطائهم النفقة منه لأنه لما أقر بالنسب والوديعة فقد أقر بأن للأولاد حق الأخذ ؛ لأن إقراره مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق بإقراره تعدى إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر بإعطائهم النفقة من ذلك المال .

٢١٦٨ - وإن أنكر النسب والوديعة أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فإما أن يكون القاضي عالمًا بما أنكره أو غيره عالم فإن كان الأول فرض لهم النفقة أيضًا في هذا المال .

٢١٦٩ - ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضي بعلمه ؟

٢١٧٠ - والجواب : أن هذا من باب الإعانة والفتوى لا من باب القضاء .

٢١٧١ - وكل ما تقدم بالنسبة للمودع يقال بالنسبة للمدين ، فإذا ادعى الأولاد أن فلانا مدين لأبيهم الغائب وهم يستحقون عليه النفقة وطلبوا من القاضي أن يفرض لهم النفقة في هذا الدين أحضر القاضي الشخص المدعى عليه بالدين وسلك معه الطريق الذي سلكه مع المودع .

٢١٧٢ - وإن كان الثاني فلا يقضي لهم إلا بالبرهان.

٢١٧٣ - وإن كان المال الذي تركه ليس من جنس النفقة سواء كان في بيته أو كان وديعة فإما أن يخشى عليه التلف من المكث أو لا .

٢١٧٤ - فإن كان الأول باعه القاضي وأنفق عليهم من ثمنه لأن النظر إلى الغائب في ذلك وإن كان الثاني فلا تفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب الذي لا يخشى عليه التلف بالاتفاق .

٢١٧٥ - أما عند الإمام الأعظم فهو ظاهر لأن عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب أولى .

٢١٧٦ - وأما عند الصاحبين فلأنه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وإنما قالا ببيع مال الحاضر إذا امتنع عن الدفع لأنه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر تلك الأموال وينفق من أجرتها عليهم إن وفت بحاجتهم فإن لم تف الأجرة بها أو كانت الأموال لا تستأجر أمر القاضي أم الأولاد بالاستدانة عليه وتنفق عليهم من الدين الذي أخذته ويكون لها الحق في أخذ مثل الدين منه إذا حضر .

٢١٧٧ - فالذي علم أن القاضي يفرض النفقة في مال الغائب لأولاده متى كان هذا المال من جنس النفقة سواء كان المال موجودًا في منزله أو وديعةً أو دينًا ، فإذا لم يترك الغائب إلا واحدًا من هذه الأشياء فرضها فيه ، لأنه ليس هناك غيره .

٢١٧٨ - وإما أن ترك الكل فإن القاضي يفرض النفقة أولًا في المال الموجود في بيته ثم في مال الوديعة ثم في الدين ، وسبب هذا الترتيب أن القاضي نصب ناظرا في مصالح من هو عاجز عن النظر في شئون نفسه .

٢١٧٩ - ولا شك أن المصلحة للغائب فيما ذكر لأن مال الوديعة محفوظ عند المودع الذي أمنه عليه قبل غيبته فلم يكن معرضًا للخطر بخلاف المال الذي في بيته .

٢١٨٠ - ثم إن مال الوديعة يحتمل أن يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب

بخلاف الدين فإنه ليس شيئًا معينًا حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظًا أكثر من الوديعة فيكون النظر إلى الغائب في هذا الترتيب فيتبعه القاضي (١) .

(مادة ٤٠٢)

لَا يَجِبُ عَلَى الأَبِ نَفَقَةُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ ، إِلَّا إِذَا ضَمِنَهَا . وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ دَيْنًا لَهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى ابْنِهِ إِذَا أَيْسَرَ (٢) .

* * *

٢١٨١ - فقد علمت حكم نفقة الولد بالنسبة إلى أبيه .

٢١٨٢ - وأما نفقة زوجته ، فقال بعضهم : تجب نفقة زوجة الابن إذا كان صغيرًا فقيرًا على أبيه ، سواء ضمنها أو لا ، وكذلك تجب نفقة زوجة الابن الكبير إذا كان فقيرًا وعاجزًا عن الكسب بأيِّ سبب من الأسباب .

٢١٨٣ - وقال بعضهم : لا تجب نفقة زوجة الابن الصغير الفقير على الأب ، إلا إذا

---

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٥٧) :
١ - لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها .
٢ - يكون إنفاق الأب في هذه الحالة دينًا على الولد إلى أن يوسر .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١) : « ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرًا فقيرًا ، أو زمنا ؛ لأنه من كفاية الصغير وذكر في المبسوط لا يجبر الزوج على نفقة زوجة الابن كذا في الاختيار شرح المختار » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٤/٣) : « (تجب النفقة ، والكسوة لزوجة أصل تجب نفقته) ؛ لأنهما من تمام الإعفاف (لا) لزوجة (فرع) إذ لا يلزم الأصل إعفافه (أو لأم ولده) أي ويجب ذلك لأم ولد أصله (لا) لأم ولد (ولده) لذلك ، والتصريح بالأخيرة من زيادته (فإن كن) الأولى كانت تحته (زوجات) أو مستولدات ثنتان فأكثر (أنفق) فرعه (على واحدة) منهن فقط كما لا نفقة في الابتداء إلا لواحدة ، وذلك بأن يدفعها للأب (ويوزعها الأب) عليهن (ولهن) أي لكل منهن (الفسخ) لفوات بعض حقها (إلا الأخيرة) إذا ترتبن في الفسخ فلا تفسخ لتمام حقها (ولا أدم ، ولا نفقة خادم) ؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار وقضية كلامه عدم وجوب السكنى أيضًا ، والأوجه وجوب الثلاثة جرى عليه الأصل في الأولين حيث نقل عدم وجوبهما عن البغوي ثم قال : لكن قياس ما ذكرنا من أن الابن يتحمل ما يلزم الأب وجوبهما ؛ لأنهما واجبان على الأب مع إعساره » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٢١٠/٤) : « (فرع) وأما الولد فقال اللخمي : وقول مالك ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده ، والقياس أن ذلك عليه قياسًا على زوجة الأب أن على الابن أن ينفق =

ضمنها ، فإن لم يضمنها ، فلا يطالب بها على أنها واجبة عليه ، وإنما يؤمر بالإنفاق عليها ، ويكون ما ينفقه دينًا له يأخذ من ابنه إذا أيسر .

٢١٨٤ - ويظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن من تجب عليه نفقة زوجة الابن موجودًا ، فإن كان موجودًا ، وجبت الإدانة عليه . نعم إذا كان الابن محتاجًا لخدمة الزوجة ، وجبت نفقتها على أبيه .

(مادة ٤٠٣)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ حَدَّ الاكْتِسَابِ ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَلِلأَبِ أَنْ يُؤَجِّرَهُ أَوْ يَدْفَعَهُ لِحِرْفَةٍ لِيَكْتَسِبَ ، وَيُنْفِقَ عَلَيْهِ أَبُوهُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَيَحْفَظُ مَا فَضَلَ مِنْهُ لِيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ كَسْبُ الْغُلَامِ ، فَعَلَى أَبِيهِ تَمَامُ الْكِفَايَةِ .

وَإِذَا اسْتَغْنَتِ الأُنْثَى بِكَسْبِهَا مِنَ الْخِيَاطَةِ أَوِ الْغَزْلِ ، فَنَفَقَتُهَا فِي كَسْبِهَا إِنْ وَفَّتْ بِحَاجَتِهَا ، وَإِلا فَعَلَى أَبِيهَا إِتْمَامُهَا .

٢١٨٥ - انظر : شرح المواد ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

= عليها ، ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه . ا هـ . ونقله ابن عرفة عنه وقال بعده : قلت : يرد بأن نفقة الابن تسقط ببلوغه ، وإن فرض كونه بلغ زمنًا فالزمانة مظنة عدم الحاجة للزوجة » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٦/٥) : « (ويلزمه نفقة زوجة من تلزمه مؤنته) لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا به . (و) يجب أيضًا (على من وجبت عليه النفقة لقريبه إعفاف من وجبت له نفقة من أب وإن علا و) من ابن وإن نزل وغيرهم كأخ وعم (إذا احتاج إلى النكاح لزوجة حرة أو سرية تعفه أو يدفع) المنفق إليه مالًا يتزوج به حرة أو يشتري به أمة لأن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده ، فلزم على من تلزمه نفقته ولا يشبه ذلك الحلوى فإنه لا يستضر بتركها (والتخيير) فيما ذكر (للملزوم بذلك) لأنه المخاطب به فكانت الخيرة إليه فيه فيقدم تعيينه على تعيين المعفوف . (وليس له أن يزوجه قبيحة ولا أن يملكه إياها) أي أمة قبيحة لعدم حصول الإعفاف بها (ولا) يزوجه ولا يملكه (كبيرة لا استمتاع بها) لعدم حصول المقصود بها (ولا أن يزوجه أمة) لما فيه من الضرر عليه لاسترقاق أولاده (ولا يملك) القريب استرجاع ما دفع إليه من جارية ولا عوض ما زوجه به (إذا أيسر) لأنه واجب عليه كالنفقة لا يرجع بها بعد (ويقدم تعيين قريب إذا استوى المهر) على تعيين زوج لما سبق (ويصدق) المنفق عليه (إذا ادعى أنه تائق بلا يمين) لأنه الظاهر بمقتضى الجبلة . (وإن ماتت) التي أعفه بها من زوجة أو أمة (أعفه ثانيًا) لأنه لا صنع له في ذلك (إلا إن طلق لغير عذر أو أعتق) السرية مجانًا بأن لم يجعل عتقها صداقها فلا يلزمه إعفافه ثانيًا ؛ لأنه الذي فوت على نفسه » .

(مادة ٤٠٤)

إِذَا اشْتَكَتِ الأُمُّ مِنْ عَدَمِ إِنْفَاقِ الأَبِ أَوْ مِنْ تَقْتِيرِهِ عَلَى الْوَلَدِ، يَفْرِضُ الْحَاكِمُ لَهُ النَّفَقَةَ ، وَيَأْمُرُ بِإِعْطَائِهَا لأُمِّهِ لِتُنْفِقَ عَلَيْهِ .

فَإِنْ ثَبَتَتْ خِيَانَتُهَا ، تُدْفَعُ لَهَا صَبَاحًا وَمَسَاءً وَلا يَدْفَعُ لَهَا جُمْلَةً ، أَوْ تُسَلَّمُ لِغَيْرِهَا لِيَتَوَلَّى الإِنْفَاقَ عَلَى الْوَلَدِ .

وَإِنْ ضَاعَتْ نَفَقَةُ الْوَلَدِ عِنْدَ الأُمِّ ، يُفْرَضُ عَلَى أَبِيهِ لَهُ غَيْرُهَا [1] .

* * *

٢١٨٦ – الأب هو الذي يتولى الإنفاق على أولاده . فإن قام بالواجب عليه شرعًا فبها ، وإن اشتكت منه أم الأولاد ورفعت أمرها إلى القاضي مدعية أنه مقصر في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الإنفاق عليهم فلا يجيبها القاضي إلى ما تطلب قبل التحري ، فإن تحرى وظهر له صدقها ، فرض لهم النفقة وأمر الأب بتسليم قدر منها إليها لتتولى هي الإنفاق على الأولاد .

٢١٨٧ – فإن قامت بالواجب عليها ولم يدع عليها الأب الخيانة فبها . أما إن ادعى الأب ذلك بأن قال : إنها تضيق عليهم في النفقة لتختلس ما بقي منها ، بحث القاضي ولو بسؤال من يداخلها من الجيران فإن أخبروه بصحة قول الأب زجرها ومنعها عن ذلك نظرًا للأولاد .

٢١٨٨ – فإن أحسنت صنعًا فالأمر ظاهر ، وإلا فلا يسلمها مقدارًا كبيرًا من النفقة ، بل يسلمها لها عند الصباح والمساء أو يأمر غيرها ليتولى الإنفاق على حسب ما تقتضيه مصلحة الأولاد فإن استلمت نفقة مدة وضاعت منها أمر الأب بإعطائها غيرها لأن نفقة الأولاد وجبت للحاجة وقد وجدت بخلاف نفقة الزوجة كما تقدم في بابها .

---

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٦١٣/٣) : « ولو خاصمته الأم في نفقتهم فرضها القاضي وأمره بدفعها للأم ما لم تثبت خيانتها فيدفع لها صباحًا ومساء أو يأمر من ينفق عليهم » .

(مادة ٤٠٥)

إِذَا صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا عَنْ نَفَقَةِ الأَوْلادِ ، صَحَّ الصُّلْحُ .

فَإِنْ كَانَ مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ أَكْثَرَ قَدْرًا مِنَ النَّفَقَةِ ، وَكَانَتِ الزِّيَادَةُ يَسِيرَةً ، تَدْخُلُ تَحْتَ التَّقْدِيرِ ، فَهِيَ عَفْوٌ . وَإِنْ كَانَتْ لا تَدْخُلُ تَحْتَ التَّقْدِيرِ ، تُطْرَحُ عَنِ الأَبِ .

وَإِنْ كَانَ الْمُصَالَحُ عَلَيْهِ أَقَلَّ مِنْ مِقْدَارِ النَّفَقَةِ بِحَيْثُ لَا يَكْفِيهِمْ ، تُزَادُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ [١] .

* * *

٢١٨٩ - فإن لم ترفع الأم أمرها إلى القاضي عندما رأت أن الأب يقتر على الأولاد في النفقة واصطلحت مع الأب على شيء معلوم في نظير النفقة الواجبة عليه ، صح الصلح لأن الأب يكون من جانب نفسه والأم من جانب الأولاد ولما لها من حق الحضانة وحينئذ لا يخلو الحال من أن يكون المبلغ المصطلح عليه مساويا لمقدار النفقة ، أو أكثر منه ، أو أقل .

٢١٩٠ - فإن كان الأول فظاهر .

٢١٩١ - وإن كان الثاني فإن كانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهي عفو وإن كانت لا تدخل تحت التقدير تطرح عن الأب .

٢١٩٢ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان أقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم زيد في المصالح عليه إلى أن يبلغ مقدار كفايتهم . فإذا فرضنا أن نفقة الأولاد في الشهر ألف قرش واصطلحت مع الأب على أن تأخذ منه مثل هذا المبلغ أو مع زيادة قليلة صح ذلك ولا ينقص شيء .

٢١٩٣ - ومثل هذا ما إذا كان هناك نقص خمسين قرشا مثلا بحيث إن الباقي يكفيهم فإنه لا يزاد شيء . أما إذا حصل الصلح على ألف وخمسمائة أو على ستمائة قرش طرح الزائد عن الأب في الأول وزيد المقدار في الثاني إلى تمام الكفاية لأنها هي المقصودة .

---

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٦١٣/٣) : « وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير ، وإن لم تدخل طرحت ، ولو على ما لا يكفيهم زيدت بحر » .

(مادة ٤٠٦)

إِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا بِنَفَقَةِ وَلَدِهَا الصَّغِيرِ مِنْهُ ، فَهِيَ فِي حُكْمِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ فِي عَدَمِ سُقُوطِهَا بِمُضِيِّ شَهْرٍ فَأَكْثَرَ بَعْدَ الْفَرْضِ وَلَوْ بِغَيْرِ اسْتِدَانَةٍ بِأَمْرِ الْقَاضِي . وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْقُضَاةِ الآنَ ، وَهُوَ الأَرْفَقُ ، بِخِلافِ سَائِرِ الْمَحَارِمِ .

وَلَوْ فَرَضَ الْقَاضِي النَّفَقَةَ لِلصَّغِيرِ عَلَى أَبِيهِ ، وَمَضَتْ مُدَّةٌ وَلَمْ تَقْبِضْهَا الأُمُّ حَتَّى مَاتَ الأَبُ ، فَإِنْ كَانَتْ النَّفَقَةُ مُسْتَدَانَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي ، يَكُونُ لِلأُمِّ الرُّجُوعُ بِهَا فِي تَرِكَتِهِ كَمَا تَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهِ لَوْ كَانَ حَيًّا . وَلَوْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَدَانَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي حَتَّى مَاتَ ، سَقَطَتْ النَّفَقَةُ بالاتفاق (١) .

٢١٩٤ - فقد علمت أنه متى رفعت الأم أمرها إلى القاضي شاكية من تقتير الأب في النفقة وثبت لدى القاضي ذلك قدر النفقة وحكم بها على الأب على حسب ميسرته وما هو مستعد له من الاكتساب بالنسبة للزمن المستقبل ، فإذا قام الأب بدفع النفقة كما فرض القاضي فبها .

٢١٩٥ - وأما إذا مضت مدة بعد الفرض لم تأخذ الأم فيها شيئًا من المقدر فإما أن تكون النفقة غير مستدانة أو مستدانة . وإن كانت مستدانة فإما أن تكون الاستدانة بغير إذن القاضي أو بإذنه .

٢١٩٦ - فإن لم تكن النفقة مستدانة أصلًا أو كانت مستدانة لا بأمر القاضي ، فلا يسقط المقدار المتجمد منها في الزمن الذي لم تطلبها الأم فيه ، لأنها صارت دينًا بالقضاء فلها المطالبة به سواء كانت المدة الماضية التي لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة . وهذا هو الذي عليه العمل الآن .

٢١٩٧ - وبعضهم يقول : إن كانت المدة الماضية أقل من شهر ، فلا تسقط وإن كانت شهرًا فأكثر سقطت .

٢١٩٨ - واتفقوا على أن هذه النفقة تسقط بموت الأب أو الأولاد فإذا مضت ثلاثة

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في العناية شرح الهداية (٤/٤٢٥) : « وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي : يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس ، لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى » .

أشهر مثلًا بعد القضاء بها وتجمدت على الأب نفقة هذه المدة ثم مات فلا يكون لأم الأولاد حق في أخذ المقدار المتجمد من التركة . وإذا ماتت الأولاد فليس لمن يرثهم مع الأب مطالبته بقدر نصيبهم منه لأن الحنفية يقولون : إن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية .

٢١٩٩ - والشافعية يخالفونهم في ذلك ومذهبهم ظاهر المراد .

٢٢٠٠ - وإن كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي ، فلا يسقط دينها أصلًا لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة ، فهي بمنزلة استدانة الأب وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما ، فهذا مثله .

٢٢٠١ - فما دام الأب موجودًا فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طالت ، وإذا مات فلا تسقط أيضًا بل يكون لها الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لأن الدين مقدم .

٢٢٠٢ - ويظهر أن الأب لو أذن الأم في الاستدانة بعدما فرض القاضي النفقة واستدانت بالفعل وأنفقت على الأولاد ، يكون الحكم كما لو أذنها القاضي بالاستدانة ، بل هو أولى لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه .

الباب الثالث
في النفقة الواجبة للأبوين على الأبناء

(مادة ٤٠٧)

يَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ الْمُوسِرِ كَبِيرًا كَانَ ، أَوْ صَغِيرًا ، ذَكَرًا ، أَوْ أُنْثَى نَفَقَةُ وَالِدَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ الْفُقَرَاءِ ، مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ ذِمِّيِّينَ ، قَادِرِينَ عَلَى الْكَسْبِ ، أَوْ عَاجِزِينَ .

وَلَا يُشَارِكُ الْوَلَدَ الْمُوسِرَ أَحَدٌ فِي نَفَقَةِ أُصُولِهِ الْمُحْتَاجِينَ .

* * *

٢٢٠٣ - كما أن النفقة بجميع أنواعها واجبة على الأصل لفرعه بالتفصيل المتقدم فكذلك نفقة الأصول واجبة على الفروع بالطريقة الآتية ، وهي : أن الأب إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا .

٢٢٠٤ - فإن كان غنيًا وجبت نفقته في ماله ؛ لأنه نفقته على الفرع إنما وجبت للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

٢٢٠٥ - وإن كان فقيرًا فإما أن يكون قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه ، فإن كان الأول ففيه خلاف .

٢٢٠٦ - قال بعضهم : لا يُجبر الولد على النفقة في هذه الحالة لأن الأب غني باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير .

٢٢٠٧ - وقال البعض الآخر : تجب النفقة فيُجبر الولد عليها ؛ لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا ﴾ (١) . وهذا القول هو المعُول عليه .

٢٢٠٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان عاجزًا عن الكسب فلا خلاف في وجوب النفقة على الولد ، ولا فرق بين أن يكون الولد مُذكّرًا أو مُؤنثًا صغيرًا أو كبيرًا بعد أن يكون مُوسِرًا .

٢٢٠٩ - وأما الأم فيجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة اتفاقًا ، ولو كانت قادرة على الكسب ؛ لأن الأنوثة عجز اللَّهُم إلا إذا كانت مكتسبة بالفعل ، والأجداد

(١) الإسراء : ٢٣ .

والجدات وإن علا كلا منهما في ذلك كالأبوين ، سواء كان الجَد أو الجَدة من قبل الأب كأبي الأب وأم الأب أو من قبل الأم كأبي الأم وأم الأم .

٢٢١٠ - ولا يشترط في وجوب النفقة على الفرع أن يكون الأصل مُسْلِمًا ، بل لو كان ذميًا وجبت نفقته متى كان فقيرًا ، أما الأبوان فلقوله تعالى : ﴿ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ (١) .

٢٢١١ - قيل : نزلت هذه الآية في سعد بن أبي وقاص حين أسلم ، وقالت له أمه جميلة : يا سعد ، بلغني أنك صبوت ، فواللّه لا يظللني سقف بيت ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ﷺ وترجع إلى ما كنت عليه ، وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام حتى غشي عليها ، فأتى سعد النبي ﷺ وشكا إليه فنزلت هذه الآية . وليس من الإحسان والمعروف أن يعيش الولد في نِعم اللّه تعالى ويتركهما يموتان جوعًا .

٢٢١٢ - وأما الأجداد والجدات فلأنهم تسببوا في إحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء كالأبوين ، ولكن يشترط في وجوب النفقة على الفرع للأصل أن يكون موسرًا ومتى كان كذلك فلا يشاركه أحد في نفقة أصوله المحتاجين (٢) .

(مادة ٤٠٨)

إِذَا كَانَ الأَبُ زَمِنًا أَوْ مَرِيضًا مَرَضًا يُحْوِجُهُ إِلَى زَوْجَةٍ تَقُومُ بِشَأْنِهِ أَوْ إِلَى خَادِمٍ يَخْدِمُهُ ، وَجَبَتْ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ أَوِ الْخَادِمِ عَلَى وَلَدِهِ الْمُوسِرِ ، كَمَا تَجِبُ لَهُ نَفَقَةُ خَادِمٍ عَلَى أَبِيهِ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا وَمُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الأَبِ .

وَإِذَا كَانَ لِلأَبِ الْفَقِيرِ عِدَّةُ زَوْجَاتٍ ، فَلاَ يَجِبُ عَلَى وَلَدِهِ الْمُوسِرِ إِلاَّ نَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ عِنْدَ الْحَاجَةِ كَمَا سَبَقَ (٣) .

* * *

---

(١) لقمان : ١٥ .

(٢) **جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري** : المادة (١٥٨) : يجب على الولد المؤسر ذكرًا أو أنثى ، كبيرًا كان أو صغيرًا نفقة والديه الفقراء ، ولو كانا قادرين على الكسب ، ما لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلًا أو عِنادًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : نفقة الوالدين : المادة (١٧٢) : يجب على الولد المؤسر ذكرًا كان أو أنثى ، كبيرًا كان أو صغيرًا نفقة والديه الفقيرين ، ولو كانا قادرين على الكسب .

(٣) **قول المالكية** : جاء في الفواكه الدواني (٦٩/٢) : « وكما يلزم الولد المؤسر نفقة أبويه الفقيرين يلزمه =

٢٢١٣ - وكما تجب نفقة الأب على الولد تجب نفقة زوجته عليه، ولكن المعول عليه أن نفقة زوجة الأب لا تجب على الولد ؛ إلا إذا كان الأب مريضًا مرضًا يحوجه إلى زوجة أو خادم يقوم بشأنه كالعمى والشلل ، فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يُجبر الأب على نفقة خادمه كما وجبت نفقة المخدوم .

٢٢١٤ - وحيث إن زوجة واحدة تكفي لخدمته فلا تجب على ولده المؤسر إلا نفقة زوجة ، ولو كان متزوجًا بعدة زوجات ، وإنما يدفعها للأب ليوزعها عليهن .

(مادة ٤٠٩)

الْمَرْأَةُ الْمُعْسِرَةُ الْمُتَزَوِّجَةُ بِغَيْرِ أَبِي الْوَلَدِ نَفَقَتُهَا عَلَى زَوْجِهَا لَا عَلَى وَلَدِهَا . أَمَّا (١) إِذَا كَانَ زَوْجُهَا مُعْسِرًا أو غائبًا وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ مُوسِرًا ، يُؤْمَرُ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ دَيْنًا لَهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا أَيْسَرَ أَوْ حَضَرَ (٢) .

* * *

٢٢١٥ - ومحل وجوب نفقة الأم على ولدها إذا لم تكن متزوجة ، فإن كانت كذلك ، فنفقتها على زوجها .

٢٢١٦ - ولكن المقام فيه تفصيل ؛ لأن الأم إما أن تكون متزوجة بأبي الولد ، وإما أن تكون متزوجة بغيره .

٢٢١٧ - فإن كان الأول وكان الأب مُوسِرًا وجبت نفقتها عليه ، وإن كان مُعسِرًا والأم مُعْسِرة أيضًا ، قال ابن عابدين : الظاهر وجوبها على الولد ، ولو لم يكن الأب مُحتاجًا إليها لقولهم : لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد .

٢٢١٨ - وأما لو كانت موسرة والأب محتاج إليها فكذلك . وإن لم يكن الأب

= نفقة خادمهما وظاهره ، وإن كانا غير محتاجين إليه » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أُولي النهى (٦٤٨/٥) : « (و) يلزم من وجب عليه نفقة (خادم للجميع) أي : جميع من تلزمه نفقتهم (للحاجة) إلى الخادم (كزوجة) ؛ لأنه من تمام الكفاية » .

(١) في الأصل : [إنما] .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٥٥/٣) : « وفي شرح المختار : المرأة المُعْسِرة إذا كان زوجها مُعْسِرًا ، ولها ابن من غيره مُوسِر أو أخ مُوسِر فنفقتها على زوجها ، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ، ويرجع به على الزوج إذا أيسر ، ويُحبس الابن أو الأخ إذا امتنع ؛ لأن هذا من المعروف » .

محتاجا فالظاهر أنه يؤمر بها ليرجع على أبيه إذا أيسر أو تنفق هي لترجع على الأب عند الميسرة وهذا أقرب .

٢٢١٩ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت متزوجة بغير أبي الولد فلا كلام في وجوب نفقتها على زوجها سواء كان مُوسِرًا أو مُعسِرًا إنما إذا كان مُعسِرًا يؤمر الولد بالإنفاق عليها ويكون ما يُنفقه دَيْنًا له على الزوج يأخذه منه إذا أيسر ، وهذا إذا كان الزوج حاضِرًا .

٢٢٢٠ – فلو كان غائبًا فرضت لها النفقة في ماله إن كان له مال على الطريقة المتقدمة في نفقة زوجة الغائب ، فإن لم يكن له مال أصلًا فرض لها القاضي النفقة ، وأمر الولد بالإنفاق عليها ، ويكون ما يُنفقه دَيْنًا على الزوج يأخذه منه إذا حضر .

(مادة ٤١٠)

لَا يَجِبُ عَلَى الابْنِ الْفَقِيرِ نَفَقَةُ وَالِدِهِ الْفَقِيرِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الابْنُ كَسُوبًا وَالأَبُ زَمِنًا لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فَحِينَئِذٍ يُشَارِكُهُ الأَبُ فِي الْقُوتِ دِيَانَةً .

وَالأُمُّ الْمُحْتَاجَةُ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ الزَّمِنِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا زَمَانَةٌ.

وَإِنْ كَانَ لِلابْنِ الْفَقِيرِ عِيَالٌ ، يَضُمُّ أَبَوَيْهِ الْمُحْتَاجَيْنِ إِلَى عِيَالِهِ ، وَيُنْفِقُ عَلَى الْكُلِّ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى إِعْطَائِهِمَا شَيْئًا عَلَى حِدَتِهِ [1] .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٥/١) : « والأم إذا كانت فقيرة فإنه يلزم الابن نفقتها ، وإن كان مُعسِرًا ، أو هي غير زمنة ، وإذا كان الابن يَقدر على نفقة أحد أبويه ، ولا يقدر عليهما جميعًا فالأم أحق ، وإن كان للرجل أب ، وابن صغير ، وهو لا يقدر إلا على نفقة أحدهما فالابن أحق ، وإن كان له أبوان ، وهو لا يقدر على نفقة أحد منهما يأكلان معه ما أكل ، وإن احتاج الأب إلى زوجة ، والابن مُوسِر وجب عليه أن يُزوجه أو يشتري له جارية ، وإن كان للأب زوجتان أو أكثر لم يلزم الابن إلا نفقة واحدة ويدفعها إلى الأب ، وهو يوزعها عليهن كذا في الجوهرة النيرة ، قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا كان الابن فقيرًا كَسُوبًا ، والأب زَمِنًا يُشارك الابن في القوت بالمعروف ؛ لأنه إذا لم يشاركه يخشى على الأب التلف ذكر الخصاف في أدب القاضي ، إن كان الأب فقيرًا ، ولم يكن كَسُوبًا ، فقال الأب للقاضي : إن ابني يكتسب ما يَقدر أن ينفق عَلي فالقاضي ينظر في كسب الابن ، فإن كان فيه فضل عن قوته يُجبر الابن على نفقة منه ، وإن لم يكن فيه فضل عن قوته فلا شيء عليه بالحكم ، ولكن يُؤمر من حيث الديانة هذا إذا كان الأب وحده ، وإن كان له زوجة وأولاد صغار يُجبر الابن على أن يدخل الأب في قُوته ويجعله كأحد من عياله ، ولا يَجبره على أن يعطي شيئًا على حِدة ، فإن كان الأب كَسُوبًا هل يُجبر الابن على الكسب والنفقة ؟ اختلفوا فيه : قيل : يُجبر ، وقيل : لا يُجْبر كذا في =

٢٢٢١ - فالذي علم أن نفقة الأب لا تجب على الولد ؛ إلا إذا كان مُوسِرًا والأب فقير ، فلو كان الولد فقيرًا أيضًا فإما أن يكون الأب قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه .

٢٢٢٢ - فإن كان الأول فالمعول عليه عدم وجوب النفقة قضاء .

٢٢٢٣ - وإن كان الثاني وُجبت النفقة فللقاضي إذا كان يبقى من كسب الولد شيء بعد نفقته ، ونفقة أولاده فرضها فيه وأَمَرَهُ بالإعطاء .

٢٢٢٤ - وأما إذا لم يبق شيء فلا يُجبر على إعطائه شيئًا على حدته ؛ بل يُؤْمر بضم الأب إلى عياله وينفق على الكل ؛ لأن طعام الأربعة مثلًا إذا فرق على الخمسة لا يضرهم ضررًا فاحشًا .

٢٢٢٥ - وكل أصل مُذكر كأبي الأب يكون حكمه حكم الأب ، وأما الأصل المؤنث فلا يشترط في إجراء الأحكام المتقدمة عليه أن يكون عاجزًا عن الكسب ؛ بل يكفي فيه الفقر ولو كان قادرًا على الكسب ؛ لأن الأنوثة بمجردها عجز ، فالأم أو الجَدة المحتاجة ولو لم يكن بها ما يمنعها عن الكسب بمنزلة الأب ، إذا لم يكن قادرًا على الاكتساب (١) .

(مادة ٤١١)

إِذَا كَانَ الابْنُ غَائِبًا ، وَلَهُ مَالٌ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ أَوْ دَيْنٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِ النَّفَقَةِ ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْرِضَ مِنْهُ النَّفَقَةَ لأَبَوَيْهِ الْفَقِيرَيْنِ .

وَلَوْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ الْوَدِيعَةَ ، أَوِ الْمَدْيُونُ الدَّيْنَ عَلَى أَبَوَيْ الْغَائِبِ بِلَا إِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي ، يَضْمَنُ لِلْغَائِبِ مَا أَنْفَقَهُ ، وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى أَبَوَيْهِ .

وَلَوْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ الْوَدِيعَةَ عَلَى أَبِي الْغَائِبِ بِلا أَمْرِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْغَائِبُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُ الأَبِ ، فَلا رُجُوعَ لِلأَبِ عَلَى الْمُودَعِ (٢) .

* * *

= محيط السرخسي ويعتبر في حق الجَد لاستحقاق النفقة الفقر لا غير على ما هو في ظاهر الرواية كما في حق الأب والجَد من قِبل الأم كالجَد من قِبل الأب ، وكذا تفرض نفقة الجدات من قِبل الأم ، ونفقة الجدات من قبل الأب ، ويعتبر في حق الجدات ما يعتبر في الأجداد أيضًا كذا في المحيط » .

(١) **جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني** : المادة (١٧٢) : إذا كان الولد فقيرًا ، ولكنه غير قادر على الكسب يلزم بنفقة والديه الفقيرين ، وإذا كان كسبه لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده فيلزم بِضَم والديه إليه وإطعامهما مع عائلته .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في تبيين الحقائق (٦٤/٣ ، ٦٥) : « (وصح بيع عرض ابنه لا عقاره لنفقته) يعني إذا =

٢٢٢٦ - وكل الأحكام المتقدمة فيما إذا كان الولد حاضرًا . أما إذا كان غائبًا فإن كان له مال من جنس النفقة ، سواء كان موجودًا في بيته أو كان وديعة أو دَيْنًا ورفع الأبوان الفقيران أو أحدهما الأمر إلى القاضي طالبًا فَرْض النفقة في هذا المال ، فرضها له بالطريقة والأحكام المتقدمين في شرح مادة (٤٠٢) وإن كان موضوعها نفقة الفروع على الأصول ؛ لأن الأحكام لا تختلف إذ القاضي يقضي بالنفقة في مال الغائب للزوجة والفروع والأصول .

٢٢٢٧ - ومتى فرضها القاضي فيه وأَمَر كُلًّا من المُودع والمَدِين بالإنفاق عليهم ، وقام بما أمر به فليس للغائب إذا حضر حق قبل واحد منهما ؛ لأن أمر القاضي مُلزم إذ ولايته عامة فصار كأمر الغائب نفسه .

٢٢٢٨ - وأما إذا أنفق المُودع الوديعة على أبوي صاحبها أو على أولاده وزوجته أو أنفق المدين الدين على من ذكروا ، وكان ذلك بغير إذن من القاضي ولا من صاحب

= كان الابن غائبًا والأب فقير جاز له أن يبيع العروض من مال ولده للنفقة ، ولا يجوز له أن يبيع العقار ، وهو استحسان ، وهذا عند أبي حنيفة ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قولهما ؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ الولد رشيدًا ؛ إلا فيما يبيعه تحصينًا كالوَصِي ، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين ، ولهذا لا يملكه حال حضرته ، ولا في دين له عليه سوى النفقة فصار كالأم وغيرها من مستحقي النفقة ، وليس للقاضي أن يحكم به ؛ لأنه قضاء على الغائب ، وله أن للأب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي بل أولى ؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له الولاية ، وغيره يستفيدها منه ، وبيع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التلف ، ولهذا يملكه الوصي بخلاف العقار ؛ لأنه محصن بنفسه فلا يكون بيعه من الحفظ إذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الأقارب ؛ لأنهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله ، وبخلاف حالة حضرته ؛ لأن ولاية الحفظ له لا للأب لقدرته عليه ، وفي المسألة نوع إشكال ، وهو أن يقال : إذا كان للأب حالة غيبة ابنه ولاية الحفظ إجماعًا فما المانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدَّين عند الكل قال ﷺ : (ولو أنفق مُودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي لو أنفق مُودع الغائب على أبوي الغائب بغير أمر القاضي ضمن المُودع لتصرفه في مال غيره من غير ولاية ولا نيابة ، بخلاف ما إذا أمره القاضي ؛ لأنه ملزم لولايته عليه ولا يقال : ينبغي أن لا يضمن ؛ لأن للأبوين فيه حقًّا ، ولهما أن يأخذا منه إذا ظفر به بغير إذنه لأنا نقول جواز الأخذ لهما منه عند الظفر به لا ينفي الضمان عنه عند دفعه كالمودع يقضي الوديعة دين المودع ، ثم إذا ضمن لا يرجع عليهما به ؛ لأنه بالضمان ملكه مستند إلى وقت التعدي فتبين أنه تبرع بملكه فصار كما لو قضى الوديعة دَين المودع ، وذكر في الغاية معزيا إلى النوادر إذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانًا ، وعلى هذا لو مات بعض الرفقة في السفر فباعوا قُماشه ، وعدته ، وجهزوه بثمنه ، وردوا البقية إلى الورثة ، أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانًا ، وروي أن جماعة من أصحاب محمد حَجُوا فمات واحد منهم ، وأخذوا ما كان معه فباعوه فلما وصلوا إلى محمد سألهم فذكروا له ذلك فقال : لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء ﴿ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ ﴾ قال ﷺ : (ولو أنفقا ما عندهما لا) أي لو كان للغائب مال عند أبويه فأنفقا على أنفسهما منه وهو من جنس النفقة لم يضمنا ؛ لأن نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما » .

الوديعة والديْن ، فإنه لا يبرأ أمام المودع والدائن ، فلكل منهما مطالبته بالوديعة والدَّيْن .

٢٢٢٩ - وليس له أن يحتج بأنه أنفقهما على من ذكر ؛ لأنه تصرف في مال الغير بِلا ولاية عليه ولا نيابة منه فيضمنه .

٢٢٣٠ - وإذا دفع مثل الوديعة والديْن إلى مستحقه فلا يكون له حق في الرجوع على من أنفق عليهم ؛ لأنه بالضمان ملكه مستندًا إلى وقت التعدي ، فتبين أنه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة ديْن صاحبها فإنه يكون ضامنًا كذا قالوا .

٢٢٣١ - وهذا إذا كان صاحب الوديعة غائبًا ثم حضر ، أما إذا مات في سفره فقد برئ المودع إذا لم يكن للغائب وارث سِوى من استلم النفقة ، فلا رجوع له على المُودِع ؛ لأنه وَصل إليه عين حقه ، فلو كان للغائب وارِث غير من أخذ الوديعة ضمن المعطي حصته من الوديعة .

٢٢٣٢ - وقيد بعضهم ضمان مُنفق الوديعة والديْن فيما إذا كان الإنفاق بغير إذن بما إذا كان المُودع والمدين في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي أو المالك فيه ، فإن كان في مكان لا يمكن فيه ذلك ، فلا ضمان استحسانًا .

٢٢٣٣ - وهو قيد حسن ؛ لأن كُلًّا من المُودع والمَدين وإن لم تكن له ولاية على المال إلا أنه أوصله إلى مستحقه في الوقت الذي لا يمكنه الحصول على رأي من له الولاية .

٢٢٣٤ - وينبني على ذلك : أنه لو كان لشخص وديعة عند غيره وكان صاحبها مدينًا لآخر فقضى المودع ديْن صاحبها منها فلا يضمن استحسانًا ، حتى لو مات صاحب الوديعة في سفره إذا كان غائبًا حل للمُودع أن يحلف لورثته أنهم لا يستحقون قَبله حقًّا ؛ لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح ، ﴿ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ (١) .

٢٢٣٥ - ولكنهم قالوا : إن ذلك خاص بالديانة ، أما في القضاء فيضمن ، ويترتب على هذا مسائل كثيرة :

٢٢٣٦ - منها : إذا كان رجلان في سفر فَطَرأ على أحدهما ما يستوجب صرف شيء من ماله عليه فصرفه فلا يضمنه استحسانًا .

٢٢٣٧ - ومنها : ما إذا كان لمسجد أوقاف ، ولم يكن لها متول فقام واحد من أهل البلد وأنفق على المسجد من ريع الوقف ما يحتاج إليه فإنه لا يضمن استحسانًا .

---

(١) البقرة : ٢٢٠ .

٢٢٣٨ - ومنها : ما إذا توفي رجل عن ورثة فيهم كبار وصغار وليس هناك وَصِي فأنفق الكبار على الصغار فلا يعدون متطوعين فيما أنفقوا ؛ بل لهم أن يحسبوا ذلك من حصتهم ؛ لأنهم محسنون فيحل لهم أن يقروا بما فضل له من نصيب الصغار فقط ، ولو حلفوا فلا شيء عليهم .

٢٢٣٩ - ونظير هذا ما إذا عرف الوصِي الديْن على الميت فقضاه مِن تركته ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضي ولا الورثة فإنه لا يأثم إلى غير ذلك من الفروع التي لا تدخل تحت حصر .

٢٢٤٠ - وقد جرى الإمام محمد على هذا الأصل ، فقد روي أنه توفي أحد تلامذته ، فباع كتبه وأنفق ثمنها في تجهيزه ، فقيل له : إنه لم يوص بذلك إلى أحد ، فتلا قوله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ ﴾

(مادة ٤١٢)

نَفَقَةُ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ وَالزَّمِنِ وَالْمَرِيضِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَالٌ وَلَا قَرِيبٌ يَعُولُهُمْ [١] .

* * *

٢٢٤١ - فالذي علم أن الشخص إذا كان له فرع ، أو أصل وجبت النفقة على الموجود منهما .

٢٢٤٢ - فإذا لم يكن له واحد منهما ؛ فإن كان له قريب من جهة الحواشي ، كالأخ ، والعم ، والخال وجبت له عليه النفقة ، فإذا لم يكن له قريب ممن تجب نفقته عليه ، وكان لا يمكنه التكسب بأي طريقة من الطرق ، وجبت نفقته في بيت المال .

٢٢٤٣ - فالشيخ الكبير والمريض مرضًا مزمنًا والأعمى والأشل ، الذين لا يمكنهم الولوج في أي باب من أبواب الكسب تجب نفقتهم في بيت المال ؛ لأن الغرم بالغنم ، إذ لو فرض موت واحد منهم عن تركة ، ولم يترك وارثًا أخذها بيت المال .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٥٧٠) : « أعتق عبد صغير ، أو أمة صغيرة ، لا تجب النفقة المعتق ؛ وإنما ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال ، وعلى هذا نفقة الشيخ الكبير ، والزمن ، ريض على بيت المال إذا لم يكن له مال ، ولا قرابة كذا في المضمرات » .

(مادة ٤١٣)

لَا عِبْرَةَ بِالإِرْثِ فِي النَّفَقَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَى الأَبْنَاءِ لِلْوَالِدَيْنِ ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْجُزْئِيَّةُ وَالْقَرَابَةُ بِتَقْدِيمِ الأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ .

فَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ الْفَقِيرِ ابْنٌ وَبِنْتٌ مُوسِرَانِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ.

وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدَانِ مُوسِرَانِ أَحَدُهُمَا : مُسْلِمٌ ، وَالثَّانِي : نَصْرَانِيٌّ ، أَوْ يَهُودِيٌّ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا أَيْضًا بِالسَّوِيَّةِ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنٍ مُوسِرَانِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الابْنِ .

فَإِنْ كَانَ الابْنُ غَائِبًا وَلَا مَالَ لَهُ حَاضِر ، يُؤْمَرُ ابْنُ الابْنِ بِالإِنْفَاقِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَبِيهِ إِذَا حَضَرَ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنُ ابْنٍ ، وَبِنْتُ بِنْتٍ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية :** جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦٤ ، ٥٦٥) : « وإذا اختلطت الذكور ، والإناث فنفقة **الأبوين عليهما على السوية في ظاهر الرواية** ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبه يفتى كذا في الوجيز للكردري ، **وإن كان للفقير ابنان أحدهما** فائق في الغنى ، والآخر يملك نصابًا ، كانت النفقة عليهما على السواء ، ولو كان أحدهما مسلمًا ، والآخر ذميًّا كانت النفقة عليهما على السواء ، كذا في فتاوى قاضي خان ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة : قال مشايخنا - رحمهم الله تعالى - إنما تكون النفقة عليهما على السواء ، إذا تفاوتا في اليسار تفاوتًا يسيرًا ، وأما إذا تفاوتا تفاوتًا فاحشًا ، فيجب أن يتفاوتا في قدر النفقة كذا في الذخيرة ، ثم إذا قضى القاضي بالنفقة عليهما فأبى أحدهما أن يعطي الأب ما يجب عليه ، فالقاضي يأمر الآخر بأن يعطي كل النفقة ، ثم يرجع على الآخر بحصته ، وإن كان للرجل المعسر زوجة ليست أم ابنه الكبير لم يجبر الابن على أن ينفق على امرأة أبيه ، وكذلك أم ولده وأمته لا يجبر الابن على نفقة هؤلاء ، إلا أن يكون بالأب علة لا يقدر على خدمة نفسه ويحتاج إلى خادم يقوم بشأنه ويخدمه ، فحينئذٍ يجبر الابن على نفقة خادم الأب منكوحة كانت ، أو أمة كذا في المحيط » .

وجاء في الدر المختار (٣/٦٢٢ ، ٦٢٣) : « (و) تجب (على موسر) ولو صغيرًا (يسار الفطرة) على الأرجح ، ورجح الزيلعي والكمال إنفاق فاضل كسبه .

وفي الخلاصة : المختار أن الكسوب يدخل أبويه في نفقته ، وفي المبتغى : للفقير أن يسرق من ابنه الموسر ما يكفيه إن أبى ، ولا قاضي ثمة ، وإلا أثم (النفقة لأصوله) ، ولو أب أمه ذخيرة (الفقراء) ولو قادرين على الكسب ، والقول لمنكر اليسار ، والبينة لمدعيه (بالسوية) بين الابن والبنت ، وقيل كالإرث ، وبه قال الشافعي ، (والمعتبر فيه القرب والجزئية) فلو له بنت وابن ابن ، أو بنت بنت وأخ ، النفقة على البنت أو بنتها ؛ لأنه (لا) يعتبر (الإرث) إلا إذا استويا كجد وابن ابن فكإرثهما إلا لمرجح - كوالد وولد (فعلى ولده لترجحه ، بـ « أنت ومالك لأبيك ») ، وفي الخانية : له أم وأبو أب فكإرثهما ، وفي القنية : له أم وأبو أم فعلى =

٢٢٤٤ - فإن كان الموجود من جهة الفرع شخصًا واحدًا ، وجبت عليه النفقة لأصله متى كان الأصل معسرًا والفرع موسرًا .

٢٢٤٥ - وأما إذا وجد اثنان أو أكثر ، فإما أن يختلفوا في الدرجة ، أو يتحدوا فيها .

٢٢٤٦ - فإن كان الأول كبنت وابن ابن ، أو بنت بنت ، وبنت ابن ابن وجبت النفقة على الأقرب درجة ، ولو كان لا يستحق شيئًا في الميراث .

٢٢٤٧ - ففي المثال الأول تجب النفقة على البنت ؛ لأنها أقرب من ابن الابن ، وكل منهما وارث ؛ إذ لو فرض موت شخص الواجبة له النفقة عن تركة أخذت البنت النصف بطريق الفرض ، وابن الابن النصف بطريق التعصيب .

٢٢٤٨ - وفي المثال الثاني تجب النفقة على بنت البنت ؛ لأنها أقرب درجة وإن كان الوارث فيه بنت ابن الابن ؛ لأنها من ذوي الفروض ، وأما بنت البنت فهي من ذوي الأرحام ، وهم لا يستحقون شيئًا مع أصحاب الفروض .

٢٢٤٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا اتحدت الدرجة كبنت وابن ، أو ابن ابن وبنت بنت وجبت النفقة على الجميع بقطع النظر عن الاستحقاق في الميراث ، وعن الذكورة والأنوثة وزيادة الثروة ونقصها .

٢٢٥٠ - وينبني على ذلك : أنه لو كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران ، فنفقته عليهما بالسوية ، وإن كان الميراث بينهما أثلاثا للمذكر ضعف ما للأنثى .

٢٢٥١ - وإن كان له ولدان موسران أحدهما : مسلم ، والثاني : نصراني ، أو يهودي ، فالنفقة أيضًا عليهما بالسوية ، ولو كان الوارث هو المسلم ، إذا كان أبوهما مسلمًا ، أو غير المسلم إذا كان الأب غير مسلم ؛ لأن اختلاف الدين من موانع الإرث .

٢٢٥٢ - وإن كان له ابن ابن ، وبنت بنت موسران ، فالنفقة عليهما أنصافا ، وإن كانت بنت البنت لا تستحق شيئًا مع ابن الابن ، لأنها من ذوي الأرحام وهو عصبة .

٢٢٥٣ - ولو كان للفقير ابنان ، أحدهما : فائق في الغنى ، والآخر : لا يملك إلا قليلًا من المال ، وجبت النفقة عليهما بالسوية .

٢٢٥٤ - وخالف بعضهم في ذلك متى كان التفاوت في الغنى فاحشًا ، فقال : إن

= الأم ، ولو له عم وأبو أم فعلى أبي الأم ، واستشكله في البحر بقولهم : له أم وعم فكإرثهما ، قال : ولو له أم وعم ، وأبو أم هل تلزم الأم فقط أم كالإرث ؟ ! ، احتماله » .

النفقة تكون بقدر التفاوت في الثروة .

٢٢٥٥ - وإنما كانت النفقة على الفروع بالسوية بقطع النظر عن الإرث متى اتحدت الدرجة ؛ لأن المعتبر في إيجاب النفقة هو الجزئية ، أو اعتبار التأويل في مال الولد بالحديث المشهور : « **أنت ومالك لأبيك** » [1] ، يشمل الذكر والأنثى على حد سواء ، كذا قال بعض الفقهاء .

٢٢٥٦ - وخالف بعضهم في ذلك قائلا : تجب النفقة على الفروع للأصول بمقدار الإرث ، مستدلًا بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ [2] ، فجعل العلة على الإرث ، فيتقدر الوجوب بقدر العلة ، ولأن الغرم بالغنم ، أي : مقدر به فالذي يغنم من الأصل إذا مات عن تركة هو الفرع الوارث ، فيغرم بمقداره إن كلا فكل ، وإن بعضًا فبعض .

٢٢٥٧ - وينبني على هذا : أنه لو كان لشخص فقير ابن وبنت . فالنفقة عليهما أثلاثًا ، ولو كان له بنت وابن ابن فالنفقة عليهما أنصافًا كالإرث .

٢٢٥٨ - ولو كان له بنت بنت ، وابن ابن ، فالنفقة عليه لا عليها ؛ لأنه هو الوارث وهذا القول ظاهر المراد .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) البقرة : ٢٣٣ .

الباب الرابع
في نفقة ذوي الأرحام

(مادة ٤١٤)

تَجِبُ النَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَقِيرٍ تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ عَلَى مَنْ يَرِثُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ وَلَوْ صَغِيرًا بِقَدْرِ إِرْثِهِ مِنْهُ ، وَيُجْبَرُ الْقَرِيبُ عَلَيْهَا إِنْ أَبَى وَهُوَ مُوسِرٌ .

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الْمُحْتَاجُ ذَكَرًا صَغِيرًا ، أَوْ كَبِيرًا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ، أَوْ أُنْثَى صَغِيرَةً ، أَوْ بَالِغَةً زَمِنَةً ، أَوْ صَحِيحَةَ الْبَدَنِ قَادِرَةً عَلَى الْكَسْبِ لَا مُكْتَسِبَةً بِالْفِعْلِ (١) .

* * *

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٤/ ٣٠ ، ٣١) : « (فصل) : وأما نفقة الأقارب فالكلام فيها أيضًا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات ، وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها ، وشرط الوجوب ، ومقدار الواجب وكيفية الوجوب ، وما يسقطها بعد الوجوب ، أما الأول : وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول إليه إلا بعد معرفة أنواع القرابات ، فنقول وبالله التوفيق : القرابة في الأصل نوعان : قرابة الولادة ، وقرابة غير الولادة ، وقرابة غير الولادة نوعان أيضًا : قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة ، وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات ، ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولادة وأما نفقة الوالدين فلقوله ﷻ : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا ﴾ أي : أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا إلا إياه ، أمر ﷻ ووصى بالوالدين إحسانًا ، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الإحسان وقوله ﷻ : ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ ﴾ والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر ﷻ الولد أن يكافئ لهما ويجازي ببعض ما كان منهما إليه من التربية ، والبر ، والعطف عليه ، والوقاية من كل شر ومكروه ، وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وإدرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبًا ، وقوله ﷻ : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى ، والإنفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله ﷻ : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا ﴾ ؛ وأنه كناية عن كلام فيه ضرب إيذاء ، ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهيًا عن ترك الإنفاق دلالة ، كما كان نهيًا عن الشتم والضرب دلالة .

وروي عن جابر بن عبد الله ﷺ أن رجلًا جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه أبوه فقال : يا رسول الله إن لي مالًا وإن لي أبا وله مال ، وإن أبي يريد أن يأخذ مالي ، فقال رسول الله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » أضاف مال الابن إلى الأب ، فاللام للتمليك وظاهره يقتضي أن يكون للأب في مال ابنه حقيقة الملك ، فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف » ، والحديث حجة بأوله وآخره ، أما بآخره فظاهر ؛ لأنه ﷺ أطلق للأب =

= الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقًا عن شرط الإذن ، والعوض فوجب القول به ، وأما بأوله فلأن معنى قوله وإن ولده من كسبه أي : كسب ولده من كسبه ؛ لأنه جعل كسب الرجل أطيب المأكول ، والمأكول كسبه لا نفسه وإذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه ؛ لأن نفقة الإنسان في كسبه ؛ ولأن ولده لما كان من كسبه ؛ كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الإنسان كسبه ، ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه ، وأما نفقة الولد فلقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ أي : رزق الوالدات المرضعات فإن كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ؛ ففيها إيجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الأب لأجل الولد كما في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ، وإن كان المراد من (هن) المنكوحات أو المطلقات المعتدات فإنما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع ، وإن كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد ؛ لأنها تحتاج إلى فضل إطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع .

ألا ترى أن لها أن تفطر لأجل الرضاع إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب الولد ؛ ولأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه ، والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب كذا إحياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ، ولأن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالإجماع ، والإنفاق من باب الصلة فكان واجبًا ، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع فكان حرامًا .

واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا : تجب ، وقال مالك والشافعي : لا تجب غير أن مالكًا يقول : لا نفقة إلا على الأب للابن ، والابن للأب حتى قال : لا نفقة على الجد لابن الابن ، ولا على ابن الابن للجد ، وقال الشافعي : تجب على الوالدين والمولودين ، والكلام في هذه المسألة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا ، خلافًا لهما ، وعلى هذا ينبني العتق عند الملك ، ووجوب القطع بالسرقة وهي من مسائل العتاق نذكرها هناك إن شاء الله تعالى ، ثم الكلام في المسألة على سبيل الابتداء احتج الشافعي فقال : إن الله تعالى أوجب النفقة على الأب لا غير بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فمن كان مثل حاله في القرب يلحق به ، وإلا فلا ولا يقال : إن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ ؛ لأن ابن عباس ﷺ صرف قوله ذلك إلى ترك المضارة لا إلى النفقة والكسوة ؛ فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ، ولنا قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ ، وروي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت ﷺ وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير ، لا على ترك المضارة معناه ، وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ؛ ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفًا على هذا ؛ لكان عطف الاسم على الاسم وإنه شائع ، ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل ؛ فكان الأول أولى ؛ ولأنه لو جعل عطفًا على قوله : ﴿ لَا تُضَآرَّ ﴾ لكان من حق الكلام أن يقول : والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة ؛ لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو ؛ وإنه حرف جمع فيصير الكل مذكورًا في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك إلى الكل أي : على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وأنه لا يضارها ، ولا تضاره في النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس ﷺ على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقة على الوارث ، بل يوجب لأن قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ نهى ﷺ عن المضارة =

٢٢٥٩ - ذوو الأرحام في اللغة : هم الأقارب سواء كانوا فروعًا أو أصولًا أو غيرهم ، ولكن للفقهاء فيهم اصطلاحات فيطلقونهم في باب النفقات على من عدا الفروع والأصول من الأقارب ، فنفقة الفروع واجبة على الأصول وبالعكس على حسب الطريق

= مطلقًا في النفقة وغيرها ، فإذا كان معنى إضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الإنفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ أنه لا يضارها ؛ فإنما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الأب وذلك يقتضي أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة بأجرة مثلها ، ولا يخرج الولد من يدها إلى يد غيرها إضرارًا بها ؛ وإذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضي وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث إلا من خص أو قيد بدليل ، وأما القرابة التي ليست بمُحَرِّمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافًا لابن أبي ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ من غير فصل بين وارث ووارث ، وإنا نقول : المراد من الوارث الأقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث ، عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود ﷺ (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) ؛ ولأن وجوبها في القرآن العظيم معلولًا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد ؛ فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة ، والله الموفق » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢١٩/٧) : « قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ ﴾ الآية ، ومعنى ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ الذي أخذ منه أبو حنيفة ﷺ وجوب نفقة المحارم : أي في عدم المضارة كما قيده ابن عباس ﷺ ، وهو أعلم بالقرآن من غيره ، وقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ فإذا لزمه أجرة الرضاع فكفايته ألزم ، ومن ثم أجمعوا على ذلك في طفل لا مال له وألحق به بالغ عاجز كذلك لخبر هند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٧٠/٢) : « (ولا نفقة) واجبة على الحر الموسر (لمن سوى هؤلاء) المذكورين من الأبوين والأولاد (من الأقارب) فلا تجب النفقة على الأجداد والجدات ، ولا على أولاد الأولاد ، ولا على الإخوة والأخوات ، خلافًا للشافعي القائل بوجوبها على الأصول وعلى الابن وابنه وعلى الإخوة والأخوات ، وخلافًا لأبي حنيفة في إيجابها على كل ذي رحم » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٨) : « فصل : فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن كانوا من غير عمودي النسب ، فلا نفقة عليهم ، نص عليه أحمد ، فقال : الخالة والعمة لا نفقة عليهما . قال القاضي : لا نفقة لهم رواية واحدة ؛ وذلك لأن قرابتهم ضعيفة ، وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين ، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذي يأخذه بيت المال ؛ ولذلك يقدم الرد عليهم ، وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض ؛ لأنهم وارثون في تلك الحال ، قال ابن أبي موسى : هذا يتوجه على معنى قوله ، والأول هو المنصوص عنه ، فأما عمود النسب ، فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم ، سواء كانوا من ذوي الأرحام ، كأبي الأم وابن البنت ، أو من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين ، وهذا مذهب الشافعي ؛ وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية ، وتقتضي رد الشهادة ، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فأوجبت النفقة على كل حال ، كقرابة الأب الأدنى » .

التي عرفتها من البابين المتقدمين ، وأما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا إذا كان رحمًا محرمًا ، أي : قريبًا تحرم مناكحته كالأخت والخالة مثلًا ؛ فإن كان رحمًا غير محرم ، أي : قريبًا تحل مناكحته كبنت العمة ، والخالة ، وبنت العم ، والخال فلا تجب النفقة .

٢٢٦٠ - وقال ابن أبي ليلى والإمام أحمد بن حنبل : تجب النفقة لكل قريب وارث ، سواء كان رحمًا محرمًا أو رحمًا غير محرم ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ ﴾ (١) .

٢٢٦١ - ووجه الاستدلال أن اللَّه ﷻ علق وجوب النفقة بالوارث ، سواء كان محرمًا أو غير محرم ، فقيد المحرمية زيادة على ما في القرآن وهو لا يجوز ، وروي أن بعض الصحابة سأل النبي عليه الصلاة والسلام قائلًا له : يا رسول اللَّه ، من أبر ؟ ! ، قال : « **أمك** » . قال : ثم من ؟ ، قال : « **أمك** » ، قال : ثم من ؟ ، قال : « **أباك ، ثم الأقرب فالأقرب** » ، وفي رواية : « **فإن فضل شيء عن أهلك فلذوي قرابتك** » (٢) ، فهذا الحديث ليس فيه تقييد بالرحم المحرم بل كل قريب .

٢٢٦٢ - واستدلت الحنفية بقراءة ابن مسعود : (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) ، فتكون بيانًا للقراءة المتواترة .

٢٢٦٣ - ويرد على هذا بأن القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ، وهو لا يجوز تقييد مطلق القاطع به ، فلا يجوز تقييده بهذه القراءة وهو في محله ، اللَّهم إلا أن يدعى شهرتها ، ومذهب الإمام أحمد وابن أبي ليلي ظاهر المراد .

٢٢٦٤ - ولنوضح لك هذا بأنه إذا كان لشخص تجب له النفقة على أقاربه خال وابن عم شقيق ، أو لأب فعلى مذهب الإمام أحمد تجب النفقة على ابن العم ؛ لأنه قريب وهو الوارث وعند أبي حنيفة وأصحابه تجب على الخال وإن كان الوارث هو ابن العم ؛ لأن ابن العم ليس محرمًا وإن كان قريبًا ولا يخفى ما فيه .

٢٢٦٥ - فالذي ظهر أن نفقة غير الأصول والفروع لا تجب إلا إذا كان القريب

---

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) صحيح مسلم (كتاب : البر والصلة والآداب / باب : بر الوالدين ، وأنهما أحق به / ٢٥٤٨) ، وسنن الترمذي (كتاب : البر والصلة عن رسول اللَّه / باب : ما جاء في بر الوالدين / ١٨٩٧) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأدب / باب : في بر الوالدين / ٥١٣٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأدب / باب : بر الوالدين / ٣٦٥٨) .

رحمًا محرمًا عند الحنفية ، ومع هذا فلا بد لوجوبها من شروط تتحقق في الشخص المنفق عليه وإن كانت تختلف بحسب صغره ، وكبره ، وذكورته ، وأنوثته ، وفقره ، وغناه .

٢٢٦٦ - وبيان ذلك : أن الرحم المحرم إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا وعلى كل فإما أن يكون صغيرًا أو كبيرًا ، وعلى كل فإما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا .

٢٢٦٧ - فإن كان ذو الرحم المحرم غنيًا فنفقته من ماله ، سواء كان صغيرًا أو كبيرًا ، وسواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ؛ لأن نفقته إنما وجبت على قريبه لحاجته وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره.

٢٢٦٨ - وإن كان ذو الرحم المحرم فقيرًا وصغيرًا وجبت نفقته على قريبه بقدر إرثه منه ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ؛ لأنه محتاج فيؤمر القريب بسد عوزه ؛ ولأن الغرم بالغنم فكما أنه يرثه إن مات عن تركة ينفق عليه إن كان محتاجًا للنفقة .

٢٢٦٩ - وإن كان ذو الرحم المحرم كبيرًا ومذكرًا فإما أن تكون به عاهة تمنعه عن الكسب أو لا .

٢٢٧٠ - فإن كان الأول كما إذا كان مريضًا مرضًا مزمنًا ، أو به شلل ، أو عمى ، أو كان من طلبة العلم ، ولا يمكنه التكسب ، أو من أبناء الأشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على قريبه بقدر إرثه منه لتحقق العجز .

٢٢٧١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يكن به عاهة تمنعه عن الكسب ، فلا تجب النفقة على قريبه بل على نفسه ؛ لأنه غني بكسبه فتجب نفقته فيه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادرًا على الكسب وإن لم يكن بالغًا فإن اكتسب وكان كسبه يفي بحاجته فبها ، وإن لم يف فعلى قريبه إتمام الكفاية .

٢٢٧٢ - وإن كان ذو الرحم المحرم كبيرًا ومؤنثًا وجبت النفقة على القريب ، سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة إلى أن تتزوج .

٢٢٧٣ - وحينئذٍ تكون نفقتها على زوجها ، نعم إذا كانت الأنثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها في كسبها فإن وفى بحاجتها فذاك هو المطلوب ، وإلا فعليه تمام الكفاية ويشترط في إيجاب النفقة على القريب أن يكون موسرًا فلو كان معسرًا فلا تجب عليه .

٢٢٧٤ - واختلف العلماء في تفسير اليسار في باب النفقة ، فقال أبو يوسف : لا يكون الشخص موسرًا إلا إذا كان مالكًا لنصاب الزكاة وهو عشرون مثقالاً من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ولابد أن يكون هذا المبلغ فاضلاً عن حوائجه الأصلية ؛

لأنه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه فى الشرع كصدقة الفطر .

٢٢٧٥ – ومحمد يقدر اليسار فى وجوب النفقة بأن يكون عنده شيء فاضل عن نفقة نفسه وعياله بحسب استعداده للكسب ؛ لأن المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب ، وهذا أوجه فليكن المعول عليه ؛ لأنه أظهر من حيث الترجيح والاستدلال ، وإن قالوا الفتوى على الأول .

٢٢٧٦ – فمتى كان القريب موسرًا وقام بالواجب عليه نحو قريبه فذاك هو المطلوب وإلا فيجبره صاحب الولاية العامة بما يراه رادعًا له لامتناعه عن حق واجب عليه .

(مادة ٤١٥)

لَا نَفَقَةَ مَعَ الاخْتِلَافِ دِينًا ، إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْأُصُولِ وَالْفُرُوعِ الذِّمِّيِّينَ .

فَلَا تَجِبُ عَلَى مُسْلِمٍ لأَخِيهِ الذِّمِّيِّ ، وَلا عَلَى ذِمِّيٍّ لأَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَلا عَلَى مُسْلِمٍ ، أَوْ ذِمِّيٍّ لأَبَوَيْهِ غَيْرِ الذِّمِّيَّيْنِ وَلَوْ كَانَا مُسْتَأْمَنَيْنِ ، وَلا عَلَى مُسْتَأْمَنٍ لِمُسْلِمِينَ أَوْ ذِمِّيِّينَ (١) .

* * *

٢٢٧٧ – ويشترط في وجوب نفقة ذوي الأرحام اتحاد الدين فلا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني أو اليهودي ، وبالعكس ؛ إذ لا توارث بين المسلم وغيره ؛ لأن النفقة

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١/ ٥٦٨) : « ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة ، والأبوين ، والأجداد ، والولد ، وولد الولد ، ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذلك لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني كذا في الهداية ، ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة والديه من أهل الحرب ، وإن كانا مستأمنين في دار الإسلام ، وكذلك الحربي الذي دخل علينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه إذا كانا مسلمين ، أو كانا من أهل الذمة كذا في المحيط أهل الذمة فيما بينهم في النفقة كأهل الإسلام ، وإن اختلفت مللهم كذا في محيط السرخسي .

وإذا أسلم الذمي ، وامرأته من غير أهل الكتاب ، وأبت الإسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة ، وإن كانت المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج أن يسلم ففرق بينهما كانت عليه النفقة والسكنى ما دامت في العدة كذا في المبسوط . وإذا خرج الحربي وامرأته إلينا بأمان فطلبت النفقة ، فالقاضي لا يفرض لها ذلك ، قال في السير الكبير : لو فرض القاضي نفقة الزوجة والوالدين والولد في مال مسلم أسير في دار الحرب فقامت بينة على ردة الأسير قبل فرض القاضي نفقة المرأة ضمنت ما أخذت من النفقة ، فإن قالت : حاسبوني من نفقة عدتي يقول لها الحاكم : لا نفقة لك ، كذا في المحيط . الذمي إذا تزوج بمحارمه وذلك نكاح في دينهم وطلبت منه نفقة النكاح فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يفرض لها نفقة النكاح ، وأجمعوا على أن في النكاح بغير شهود تستحق هي النفقة كذا في الذخيرة والله أعلم بالصواب » .

تابعة للإرث بدليل قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ (١) .

٢٢٧٨ - ولكن لا يشترط هذا الشرط وهو اتحاد الدين في نفقة الزوجة والأصول والفروع ، بل تجب لهم النفقة وإن اختلفوا في الدين ؛ لأن نفقة الزوجة إنما وجبت بعقد النكاح وذلك يتبع صحة العقد دون اتحاد الملة ؛ ولأن نفقة الأصول وجبت على الفروع بقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ (٢) .

٢٢٧٩ - وفسرها النبي ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا ، ونزلت هذه الآية في حق الأبوين الكافرين بدليل ما قبلها وهو : ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا وَإِن جَٰهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَآ ﴾ .

٢٢٨٠ - وليس من الإحسان ولا من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعًا ولو كانا غير مسلمين، ولأن نفقة الفروع وجبت بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٣) ، ولا تفصيل فيها .

٢٢٨١ - ولأن الفرع جزء من الأصل ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه ، ولكن يشترط أن تكون الأصول أو الفروع غير المسلمين ذميين فلو كانوا مستأمنين ، أو حربيين فلا تجب لهم النفقة بشهادة قوله تعالى : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۞ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ ..﴾ إلخ (٤) .

٢٢٨٢ - فلم ينهنا عن بر من لم يقاتلنا في الدين وهو الذميون ، ونهانا عن بر من قاتلنا فيه فما علينا إلا امتثال الأمر (٥) .

---

(١) البقرة : ٢٣٣ (٢) لقمان : ١٥ .
(٣) البقرة : ٢٣٣ . (٤) الممتحنة : ٨ ، ٩ .
(٥) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٦٠) : لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع .

(مادة ٤١٦)

لَا تَجِبُ نَفَقَةٌ عَلَى رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ مَعَ وُجُودِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ أَوْ عَدَمِهِ ، فَإِذَا لَمْ تَسْتَوِ الْأَقَارِبُ فِي الْمَحْرَمِيَّةِ ، بِأَنْ كَانَ بَعْضُهُمْ مَحْرَمًا وَبَعْضُهُمْ غَيْرَ مَحْرَمٍ ، يُعْتَبَرُ فِي إِيجَابِ النَّفَقَةِ أَهْلِيَّةُ الإِرْثِ لا حَقِيقَتُهُ .

فَلَوْ كَانَ لِلْفَقِيرِ خَالٌ مِنْ قِبَلِ الأَبِ وَالأُمِّ ، أَوْ مِنْ قِبَلِ أَحَدِهِمَا وَابْنُ عَمٍّ لأَبٍ وَأُمٍّ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْخَالِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنُ الْعَمِّ هُوَ الْوَارِثَ .

* * *

٢٢٨٣ - ويتفرع على مذهب السادة الحنفية القائلين بأنه لا تجب نفقة القريب إلا إذا كان رحمًا محرمًا أنه إذا وجد لشخص مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه فلا يخلو الحال من أحد أمرين الأول: الاختلاف في المحرمية ، الثاني : الاتحاد فيها .

٢٢٨٤ - فإن كان الأول وجبت النفقة على الرحم المحرم ، أما القريب الرحم غير المحرم فلا تجب عليه نفقة قريبه ولو لم يوجد إلا هو فلو كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق ، أو لأب ، أو لأم وابن عم شقيق ، أو لأب وجبت النفقة على الخال وإن كان ابن العم هو الوارث ؛ إذ لو فرض موت هذا الشخص عن تركة استحقها ابن العم ؛ لأنه عاصب والخال من ذوي الأرحام وهم لا يستحقون شيئًا مع العاصب .

٢٢٨٥ - وإنما وجبت النفقة على الخال لا على ابن العم ؛ لأن الأول رحم محرم ، والثاني رحم غير محرم ، ومثل هذا المثال ما إذا كان لشخص مستحق النفقة عم لأم وابن عم لأب ؛ فإن النفقة تجب على الأول لا على الثاني لما تقدم .

٢٢٨٦ - ولا تنس ما تقدم لك من أن الإمام أحمد بن حنبل وابن أبي ليلى من الحنفية يخالفان في ذلك فيجعلان وجوب النفقة دائرًا على محور الإرث ، سواء كان القريب رحما محرمًا أو رحمًا غير محرم فيوجبان النفقة في المثالين المتقدمين على ابن العم وهو ظاهر ؛ إذ الغرم بالغنم .

(مادة ٤١٧)

إِذَا اسْتَوَتِ الأَقَارِبُ فِي الْمَحْرَمِيَّةِ وَأَهْلِيَّةِ الإِرْثِ ، يَتَرَجَّحُ الْوَارِثُ حَقِيقَةً وَيُلْزَمُ بِالنَّفَقَةِ بِقَدْرِ الإِرْثِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا .

فَلَوْ كَانَ لِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ الْمُحْتَاجِ خَالٌ وَعَمٌّ مُوسِرَانِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْعَمِّ .

وَلَوْ كَانَ لَهُ خَالٌ وَخَالَةٌ مِنْ قِبَلِ الأَبِ وَالأُمِّ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا أَثْلاثًا .

وَلَوْ كَانَ لَهُ أَخَوَاتٌ مُتَفَرِّقَاتٌ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِنَّ أَخْمَاسًا ، ثَلاثَةُ أَخْمَاسٍ عَلَى الشَّقِيقَةِ ، وَخُمْسٌ عَلَى الأُخْتِ لأَبٍ ، وَخُمْسٌ عَلَى الأُخْتِ لأُمٍّ .

وَلَوْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ ؛ فَالسُّدُسُ عَلَى الأَخِ لأُمٍّ وَالْبَاقِي عَلَى الشَّقِيقِ (١) .

* * *

٢٢٨٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا اتحدت الأقارب في المحرمية فإما أن يكون بعضهم هو المستحق للتركة وحاجبًا للبعض الآخر ، وإما أن يكون الكل مستحقين في التركة على فرض وجودها .

٢٢٨٨ - فإن كان الأول وجبت النفقة على المستحق وحده ، وينتج من هذا أنه إذا كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق ، أو لأب ، أو لأم وعم شقيق أو لأب تجب النفقة على العم لا الخال ، لاستوائهما في المحرمية ، والعم يحجب الخال ؛ لأنه عاصب ، والخال من ذوي الأرحام ، وذو الرحم لا يستحق شيئًا مع العاصب وهو ظاهر ؛ لأن الغرم بالغنم .

٢٢٨٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الكل مستحقين في التركة ، وجبت النفقة على الجميع بقدر استحقاقهم في الإرث .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١/٦٨ ، ٦٩) : « إذا كانوا حواشي فقط يعتبر فيه الإرث أي : أهليته لا حقيقته وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح الوارث حقيقة ، ففي خال وابن عم على الخال ؛ لأنه رحم محرم أهل للإرث عند عدم ابن العم ولا شيء على ابن العم وإن كان الميراث كله له ؛ لأنه غير محرم ولا تجب نفقة على غير محرم أصلًا ، وفي خال وعم على العم لاستوائهما في الرحم والمحرمية وترجح العم بأنه وارث حقيقة ، وفي عم وعمة وخالة على العم أيضًا ولو كان العم معسرًا فعلى العمة والخالة أثلاثًا كإرثهما ، ويجعل العم كالعدم ؛ لأنه يحرز كل الميراث هذا زبدة ما حررته في تلك الرسالة بما لم أسبق إليه ، ولم يقف أحد قبلي عليه ؛ وذلك بحول الله تعالى وقوته لا بحولي وقوتي ، فدونك هذا الضابط الجامع ، سهل المآخذ وعض عليه بالنواجذ ؛ وإن أردت زيادة تحقيق هذا المقام فعليك بتلك الرسالة والسلام » .

٢٢٩٠ - ويتفرع على ذلك أنه إذا كان الشخص مستحق النفقة خال شقيق ، وخالة شقيقة وجبت النفقة عليهما أثلاثًا فالخال يلزمه الثلثان والخالة الثلث ؛ لأن إرثهما على هذه النسبة فلو كان أحدهما شقيقًا والآخر لأب ، أو لأم وجبت النفقة على الشقيق ؛ لأنه أقوى من الآخر فهو الوارث .

٢٢٩١ - ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وجبت النفقة عليهن أخماسًا ، ثلاثة أخماس على الأخت الشقيقة ، وخمس على الأخت لأب ، وخمس على الأخت لأم ؛ لأن استحقاقهن للإرث في هذا المثال على هذه النسبة .

٢٢٩٢ - وبيان ذلك : أن الأخت الشقيقة لها النصف وكل من الأختين الباقيتين السدس ، فيكون المجموع خمسة أسداس وحينئذٍ يبقى من التصحيح الذي انقسمت إليه التركة سدس ، ومن حيث إنه لا يوجد مستحق له فيرد على الموجودات بنسبة سهامهن ، وهي خمسة : للشقيقة منه ثلاثة ، ولكل من الأختين واحد ، فقد أخذت الشقيقة ثلاثة أخماس التركة فرضًا وردًّا ، وكل من الأختين الأخيرتين الخمس فرضًا وردًّا أيضًا .

٢٢٩٣ - ولو كان له أخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأم وجبت النفقة على الأخ الشقيق ، والأخ لأم ، ولا شيء على الأخ لأب ؛ لأنه لا يرث في هذا المثال ؛ إذ هو محجوب بالأخ الشقيق ؛ لأن كلا منهما عاصب فيقدم الأقوى عند الاتحاد في الجهة والدرجة ، وأما الأخ لأم فليس بعاصب ، بل من أصحاب الفروض فلا يحجبه الأخ الشقيق وإن كان أقوى منه ، ووجوب النفقة عليهما يكون بقدر استحقاقهما في الميراث فعلى الأخ لأم السدس ، وعلى الشقيق الباقي .

(مادة ٤١٨)

النَّفَقَةُ الْمَفْرُوضَةُ لِلأَبَوَيْنِ ، وَلِذَوِي الأَرْحَامِ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ شَهْرٍ فَأَكْثَرَ ، مَا لَمْ تَكُنْ مُسْتَدَانَةً فِعْلًا بِأَمْرِ الْقَاضِي فَلا تَسْقُطُ ، وَتَكُونُ دَيْنًا عَلَى مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ ، تُؤْخَذُ مِنْ تَرِكَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ (١) .

* * *

(١) **قول الحنفية** : جاء في بدائع الصنائع (٣٨/٤) : « (فصل) : وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينًا في الذمة أصلًا سواء فرضها القاضي ، أو لا بخلاف نفقة الزوجات ؛ فإنها تصير دينًا في الذمة بفرض القاضي ، أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط ، وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض ، وقد =

٢٢٩٤ - ومن حيث إن نفقة القريب واجبة فإن قام بها من تلزمه نحو قريبه فبها ونعمت ، وإن لم يقم ورفع المستحق لها أمره للقاضي طالبًا منه فرض النفقة له إجابة إلى طلبه وفرضها وألزم القريب بإعطائه المفروض من ذلك التاريخ متى توفرت كل الشروط المتقدمة .

٢٢٩٥ - فإن دفع القريب لقريبه المبلغ المقضي به في مواعيده فالأمر ظاهر .

٢٢٩٦ - أما إذا مضت مدة بعد الفرض لم يأخذ فيها شيئًا من المقدر ، فإما أن تكون النفقة غير مستدانة أصلًا وإما أن تكون مستدانة .

٢٢٩٧ - وإن كانت مستدانة ، فإما أن تكون الاستدانة بغير إذن القاضي ، أو بإذنه وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

٢٢٩٨ - فإن لم تكن النفقة مستدانة أصلًا أو كانت مستدانة لا بأمر القاضي فلا يسقط المقدار المتجمد منها في الزمن الذي لم يطلبها فيه إن كانت المدة أقل من شهر فإن كانت شهرًا أو أكثر سقطت ، وكما تسقط بمضي الزمن تسقط بالموت .

= ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات ، فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء : منها ما وصفناه آنفًا أن نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الأقارب لا تصير دينًا أصلًا ورأسًا ، ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات ، أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة ، ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب . ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم إذا تعييت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب ، وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات ، ومنها أنه إذا عجل نفقة مدة في الأقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئًا منها بلا خلاف ، وفي نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس في نفقة الأقارب ، كما يحبس في نفقة الزوجات أما غير الأب فلا شك فيه ، وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أيضًا ولا يحبس في سائر ديونه ؛ لأن إيذاء الأب حرام في الأصل وفي الحبس إيذاؤه ، إلا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد ؛ إذ لو لم ينفق عليه لهلك ، فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ، ولأن ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني : النفقة ؛ لأنها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس ؛ لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك ، ولو لم يحبس يفوت حقه رأسًا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون ؛ لأنها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا : إن الممتنع من النفقة يضر ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق ؛ لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس ؛ لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق ، وكذلك الجد أب الأب وإن علا ؛ لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه » .

٢٢٩٩ – وإن كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي فلا يسقط دينها أصلًا لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة فهي بمنزلة استدانة المقضي عليه بنفسه ، وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله ، فما دام القريب المقضي عليه بالنفقة موجودًا فللمقضي له أن يطالبه بها قصرت المدة أو طالت .

٢٣٠٠ – وكذا إذا مات لا تسقط أيضًا ؛ بل يكون له الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة ؛ لأن الدين مقدم على الإرث ومثل نفقة ذوي الأرحام في الأحكام المتقدمة نفقة الوالدين ؛ لأن نفقة الكل إنما وجبت للحاجة ؛ فإذا اندفعت سقطت النفقة .

الباب الخامس
في ولاية الأب

(مادة ٤١٩)

لِلأَبِ وَلَوْ مَسْتُورًا الْوِلايَةُ عَلَى أَوْلادِهِ الصِّغَارِ وَالْكِبَارِ غَيْرِ الْمُكَلَّفِينَ، ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فِي النَّفْسِ وَفِي الْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ الصِّغَارُ فِي حَضَانَةِ الأُمِّ وَأَقَارِبِهَا ، وَلَهُ وِلايَةُ جَبْرِهِمْ عَلَى النِّكَاحِ .

٢٣٠١ - لما كان الشارع حكيمًا يضع الأشياء في محلها نظر إلى الشخص وهو أعلم بمصالحه من حيث التصرف نظر خبير فقال : إن الشخص سواء كان مُذكرًا أو مؤنثًا إما أن يكون صغيرًا وإما أن يكون كبيرًا ، والكبير إما أن يكون عاقلًا أو غير عاقل ، والعاقل إما أن يكون رشيدًا أي مصلحًا في ماله أو غير رشيد وجعل لكل حكمًا يخصه وإليك البيان :

٢٣٠٢ - فالشخص الكبير أي البالغ إن كان عاقلًا رشيدًا فلا ولاية لأحد عليه بل هو الذي يتولى أمور نفسه ؛ لأن الشخص متى كان كامل الرأي كان نظره فى شئون أنفع من نظر غيره فيها .

٢٣٠٣ - إن كان غير رشيد فالإمام الأعظم يوليه أمور نفسه ولا يرى الحجر عليه متى بلغ خمسًا وعشرين سنة ، والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف في ماله وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في الحجر على السفيه .

٢٣٠٤ - وإن كان صغيرًا أو كبيرًا غير عاقل بأن كان مجنونًا أو معتوهًا فاتفقوا على أنه محجور عليه ولا ولاية له ؛ بل الذي يتولى أموره غيره ؛ لأنه عاجز عن النظر فيما ينفعه ، وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط ، وتارة تكون له الولاية على المال ليس إلا ، وتارة تكون له الولاية عليهما .

٢٣٠٥ - قد عرفت من له الولاية على النفس في الباب الرابع في الولاية على النكاح وأما الذي له الولاية على المال فقط فهو الوصي والذي تثبت له الولاية عليهما هو الأب الجد والقاضي وإن كانوا ليسوا في درجة واحدة .

٢٣٠٦ - والغرض الآن بيان من له الولاية على المال ، سواء كانت له الولاية على النفس أو لم تكن وهو ستة على هذا الترتيب : الأب ووصيه وإن بعد والجد ووصيه كذلك والقاضي ووصيه فالأب مقدم على الكل لأن الشفقة وأصالة الرأي الموجودين عنده لا يوجدان عند غيره .

٢٣٠٧ - لكن الآباء ليسوا كلهم في حكم واحد بالنسبة للتصرف في أمور أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم ؛ لأن الأب إما ألا يعرف بسوء الاختيار بأن كان عدلا أو مستورا وإما أن يعرف بذلك بأن كان فاسد الرأى سيئ التدبير .

٢٣٠٨ - فإن كان الأول ثبتت له الولاية في النفس وفي المال على أولاده الصغار والكبار غير مكلفين ، سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا ، وسواء كانوا موجودين عنده بأن كانت مدة الحضانة قد انتهت أو كانوا موجودين عند الحاضنة أمًّا كانت أو غيرها فله أن يزوجهم وإن لم يرضوا ، لأن الولاية هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وله التصرف في أموالهم بما يراه صالحا لهم .

٢٣٠٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الأب فاسد الرأي سيئ التدبير فسيأتي حكمه في شرح مادة (٤٢٤) .

(مادة ٤٢٠)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ مَعْتُوهًا أَوْ مَجْنُونًا ، تَسْتَمِرُّ وِلَايَةُ أَبِيهِ عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ وَفِي الْمَالِ . وَإِذَا بَلَغَ عَاقِلًا ، ثُمَّ عَتِهَ أَوْ جُنَّ ، عَادَتْ وِلَايَةُ أَبِيهِ (١) .

* * *

٢٣١٠ - وتستمر هذه الولاية ما دام الوصف الموجب لها وهو الصغر موجودًا ، فإن بلغ الولد ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا فإما أن يبلغ غير عاقل بأن بلغ مجنونًا أو معتوهًا

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٤/١) : « وإذا بلغ الابن معتوهًا أو مجنونًا تبقى ولاية الأب عليه في ماله ونفسه ، كذا في فتاوى قاضي خان . وفي فتاوى أبي الليث : رجل زوج ابنه الكبير امرأة فلم يجز حتى جن جنونًا مطبقًا فأجاز الأب ذلك النكاح ؛ يجوز . وذكر الفقيه أبو بكر في غير هذه الصورة خلافًا فقال : الابن إذا بلغ عاقلًا ثم جُن أو عته فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا تعود ولاية الأب قياسًا حتى لو تصرف في ماله أو زوجه امرأة لا يجوز بل تعود الولاية إلى القاضي وعلى قول محمد رحمه الله الولاية إلى الأب استحسانًا ، قال الفقيه أبو بكر الميداني : تعود ولاية الأب عند علمائنا الثلاثة ، كذا في الذخيرة » .

وإما أن يبلغ عاقلًا .

٢٣١١ - فإن كان الأول استمرت الولاية ؛ لأن السبب وهو عدم الاهتداء إلى التصرفات النافعة موجود فتبقى ما بقي .

٢٣١٢ - وإن كان الثاني وكان رشيدًا انقطعت الولاية وصار هو ولي أمر نفسه ، ولكن لو طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك عادت ولاية أبيه لوجود السبب وهو عدم اهتدائه إلى النافع له .

(مادة ٤٢١)

إِذَا كَانَ الأَبُ عَدْلاً مَحْمُودَ السِّيرَةِ أَوْ مَسْتُورَ الْحَالِ أَمِينًا عَلَى حِفْظِ الْمَالِ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ وَالتِّجَارَةُ بِالْمَعْرُوفِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمَا ، وَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ لِلْغَيْرِ مُضَارَبَةً ، وَأَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بِذَلِكَ ، وَلَهُ الإِجَارَةُ فِي النَّفْسِ لِلذَّكَرِ ، وَفِي الْمَنْقُولاتِ وَالأَرَاضِي وَالدَّوَابِّ وَسَائِرِ الأَمْوَالِ .

* * *

٢٣١٣ - وقد علمت أن الأب متى لم يعرف بسوء الاختيار بأن كان متصفًا بالعدالة وحسن السيرة أمينًا على حفظ المال أو كان مستور الحال ثبتت له الولاية على أموال أولاده فله حينئذٍ أن يستثمرها بالتصرفات التي يراها مُؤدية إلى ذلك .

٢٣١٤ - سواء كان بنفسه أو بواسطة غيره بأن يدفع له مبلغًا من مال ولده ليتجر فيه والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق ؛ فيكون المال من جهة أبي الولد والعمل من جهة الآخر ، وهذا العقد يسمى : مضاربة وله أن يملك منافع أموال ولده لغيره في مقابلة مبلغ يأخذه منه .

٢٣١٥ - سواء كانت تلك الأموال منقولات أو عقارات وهذا العقد يسمى إجارة ، وكما أنه يملك إجارة الأموال يملك أيضًا إجارة نفس الولد إن كان مُذكرًا ، أما الأنثى فلا .

٢٣١٦ - وعللوا ذلك بأن المستأجر يختلي بها وهو غير جائز فيؤخذ منه أن إجارتها لو كانت لامرأة تعلمها صنعة تنفعها في المستقبل ، جاز له ذلك لحصول المنفعة في الحال والاستقبال .

٢٣١٧ - وبما أن الأب يملك هذه التصرفات بنفسه يملك أيضًا أن يوكل غيره ليتولاها بالنيابة عنه إذ التوكيل هو : إقامة غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه .

(مادة ٤٢٢)

إِذَا بَاعَ الأَبُ الْمَذْكُورُ في الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ مِنْ أَمْوَالِ وَلَدِهِ عَرَضًا أَوْ عَقَارًا ، أَوِ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا ، أَوْ أجرَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ أَوْ بِيَسِيرِ الْغُبْنِ ، صَحَّ الْعَقْدُ ، وَلَيْسَ لِلْوَلَدِ نَقْضُهُ بَعْدَ الإِدْرَاكِ .

وَإِنْ بَاعَ أَوْ أجرَ شَيْئًا بِفَاحِشِ الْغُبْنِ ، يَبْطُلُ الْعَقْدُ ، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى الإِجَازَةِ بَعْدَ الْبُلُوغِ .

وَإِنِ اشْتَرَى لِوَلَدِهِ شَيْئًا بِفَاحِشِ الْغُبْنِ ، يَنْفُذُ الْعَقْدُ عَلَى نَفْسِهِ لا عَلَى وَلَدِهِ .

وَإِذَا أَدْرَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى النَّفْسِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ نَقَضَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهَا. وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الْمَالِ ، فَلَيْسَ لَهُ نَقْضُهَا (١) .

* * *

٢٣١٨ - وكما أنه يجوز للأب إجارة مال ولده يجوز له أيضًا بيعه ، سواء كان المال عقارًا أو منقولًا ، ولكن عندما يبيع مال ولده فإما أن يكون البيع لنفسه أو لغيره .

٢٣١٩ - فإن كان الأول فسيأتي حكمه في شرح مادة (٤٢٦) .

٢٣٢٠ - وإن كان الثاني فإما أن يبيعه بمثل قيمته أو بأقل فإن كان الأول صح العقد ، وإن كان الثاني فإما أن يكون الغبن يسيرًا أو فاحشًا فإن كان يسيرًا صح العقد أيضًا ؛ لأنه لا يستغني عنه في المعاملات ففي اعتباره سد باب التصرفات .

٢٣٢١ - ومتى كان العقد صحيحًا فليس للولد نقضه بعد البلوغ ؛ لأنه صدر عن

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٣/٣ ، ١٧٤) : « باع الأب ضيعة أو عقارًا لابنه الصغير بمثل قيمته فإن كان الأب محمودًا أو مستورًا عند الناس يجوز ، وإن كان مفسدًا لا يجوز ، وهو الصحيح ، وإن باع منقولًا وهو مفسد في رواية لا يجوز إلا إذا كان خيرًا للصغير وهو الأصح ، وبيع الأب على ابنه الكبير المجنون جنونًا طويلًا يجوز وقصيرًا لا يجوز ، والجنون الطويل مُقدر بشهر فصاعدًا والقصير بما دونه وهو الأصح كذا في محيط السرخسي . الأب أو الوصي إذا باع عقارا للصغير ، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل رحمه الله : إن رأى القاضي نقض البيع خيرًا للصبي كان له نقضه كذا في فتاوى قاضي خان . باع الأب من الصغير شيئًا بمثل الثمن فأجاز القاضي نفذ ، وكذا لو جعل البائع وصيًا فأجاز هو ينفذ كذا في القنية » .

ولاية تامة ولا موجب لنقضه ، وإن كان الغبن فاحشًا كان العقد باطلًا ؛ لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش .

٢٣٢٢ - ولو فرض أن الولد أجاز هذا العقد بعد بلوغه تكون الإجارة لاغية ؛ لأن الإجارة إنما تلحق العقد الصحيح الموقوف لا الباطل .

٢٣٢٣ - والغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، والفاحش بخلافه وبعضهم يُقدر الغبن الفاحش بنقص خُمس الثمن عند البيع وزيادته عند الشراء وجميع الأحكام المتقدمة بالنسبة للبيع تقال في الإجارة فلا تصح إجارة الأب أموال ولده ؛ إلا إذا كانت الإجارة بأجر المثل أو بغبن يسير .

٢٣٢٤ - وعندما يُؤجر الأب ولده أو ماله لزمن معلوم إن استمر الولد صغيرًا حتى انقضت مدة الإجارة فلا كلام من جهة فسخ الإجارة وعدمه ، وأما إذا بلغ في أثناء المدة فإن كانت الإجارة على الأموال فليس له نقضها بل يستمر عقد الإجارة حتى تنتهي المدة التي اتفق عليها الأب والمستأجر وإن كانت الإجارة على نفس الولد فهو مُخيَّر إن شاء أبقاها إلى انتهاء المدة وإن شاء فسخها .

٢٣٢٥ - والفرق بينهما أنه ليست هناك فائدة في فسخ إجارة المال ؛ لأن الظاهر أن أجرة المثل تبقى ما بقيت المدة بدون زيادة ، والمستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة ما دامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية ، بخلاف ما إذا كانت الإجارة على نفس الولد ، فإن الظاهر أن الأجرة تزيد ؛ لأنه صار بعد بلوغه أقوى منه قبله . وأيضا قد يرى الولد بعدما صار ذا رأي معول عليه شرعًا أن اشتغاله بغير ما هو مؤجر له يكسبه أكثر من الأجرة التي اتفق عليها أبوه مع المستأجر ؛ لأن الشخص ينظر في شئون نفسه أكثر من غيره . هذا ما ظهر فإن وجدت غيره فائدة لأن الغرض المحافظة على الأحكام .

٢٣٢٦ - وأما الأسباب فلا مانع من تعددها ومثل البيع الشراء ، فكما أن للأب بيع مال ولده كذلك يملك أن يشتري له ما يلزم ، ولكن لو كان الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير نفذ العقد على الولد فلا يملك نقضه ولو بعد البلوغ لصدوره عن ولاية تامة فلا ينقض .

٢٣٢٧ - أما إذا كان بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب ولا يكون العقد باطلًا بخلاف البيع فإنه يقع باطلًا كما عرفته .

٢٣٢٨ - والفرق بين البيع والشراء : أن في البيع تمليك مال الولد وهو المبيع للغير فإذا كان فيه ضرر عليه يقع باطلًا ؛ لأنه لا نظر له فيه فلا يصح التمليك .

٢٣٢٩ – وأما الشراء ففيه تمليك مال الغير لولده بواسطة عقده فإن كان في هذا العقد نظر له نفذ عليه وإن لم يكن نفذ على العاقد، ؛ لأن الشخص له أن يتملك مال الغير ولو كان ما يبذله في مقابلته أكثر من قيمته وليس له أن يملك مال من له الولاية عليه لغيره بأقل من قيمته إذا كان الغبن فاحشًا فقد وجد الشراء نفاذًا على العاقد فينفذ عليه .

(مادة ٤٢٣)

إِذَا كَانَ الأَبُ فَاسِدَ الرَّأْيِ سَيِّئَ التَّدْبِيرِ ، فَلا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ عَقَارِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الْمُلْحَقِ بِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ خَيْرًا لَهُ ، وَالْخَيْرِيَّةُ أَنْ يَبِيعَهُ بِضِعْفِ قِيمَتِهِ . فَإِنْ بَاعَهُ بِأَقَلَّ مِنْ ضِعْفِهَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ، فَلِلْوَلَدِ نَقْضُ الْبَيْعِ بَعْدَ الْبُلُوغِ (١) .

٢٣٣٠ – فهذه هي أحكام تصرفات الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار . أما إذا عرف الأب بذلك بأن كان فاسد الرأي سيئ التدبير ، وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا بالخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع ؛ لأنه إما أن يكون عقارًا أو منقولًا .

٢٣٣١ – فإن كان الأول فلا يصح البيع إلا إذا كان بضعف القيمة فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع وحينئذٍ فإن رفعت المسألة للقاضي قبل بلوغ الولد نقضه لماله من الولاية العامة ، أما إذا لم ترفع إلى القاضي حتى بلغ الولد فللولد نقضه .

٢٣٣٢ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المبيع منقولًا فلا يصح إلا إذا كان بزيادة الثُلث بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر ، وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع الظاهر للولد من غير تقييد بالضعف ولا بزيادة الثلث في المنقول وهو ظاهر .

٢٣٣٣ – وإنما اختلف الحكم باختلاف حالة الأب ؛ لأن الأب إذا كان معروفًا بحُسن التدبير وأصالة الرأي فهو لا يقدم على عمل إلا إذا نظر في عاقبته ليرى ما يترتب

(١) **قول الحنفية** : جاء في الدر المختار (٧٢٦/٦) : « ولو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبي بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأي ؛ ولو فاسده ، فإن باع عقاره لم يجز ، وفي المنقول روايتان » .
وجاء في حاشيته رد المحتار : « (قوله إذا لم يكن فاسد الرأي) الظاهر أنهم لم يفصلوا هذا التفصيل في الوصي ؛ لأن الميت أو القاضي لا يختار للوصاية إلا من كان مصلحًا يحسن تدبير أمر اليتيم ط . أقول : قد صرحوا بأن الوصي حكمه حكم الأب المفسد ، وحينئذٍ فلا حاجة إلى التفصيل فيه فافهم (قوله لم يجز) أي إلا إذا باعه بضعف القيمة كما قدمناه (قوله وفي المنقول روايتان) قدمنا أن الفتوى على عدم الجواز » .

عليه فإذا أراد بيع شيء من أموال ولده مثلًا يكون ناظرًا لفائدة تعود على الولد من الثمن الذي يأخذه في مقابلته بأن يشتري له به شيئًا يعود عليه بنفع أكثر من النفع المترتب على بقاء المبيع .

٢٣٣٤ - فحينئذٍ يجوز له البيع بمثل القيمة وبالغبن اليسير ، أما إذا كان معروفًا بسوء الاختيار فلا يمكنه أن ينظر النظر المتقدم فلا يصح بيعه ؛ إلا إذا كانت الفائدة موجودة في نفس العقد إذ الموضوع أنه لا يمكنه النظر في العاقبة .

(مادة ٤٢٤)

إِذَا كَانَ الْأَبُ مُبَذِّرًا مُتْلِفًا مَالَ وَلَدِهِ غَيْرَ أَمِينٍ عَلَى حِفْظِهِ ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْصِبَ وَصِيًّا ، وَيَنْزِعَ الْمَالَ مِنْ يَدِ أَبِيهِ ، وَيُسَلِّمَهُ إِلَى الْوَصِيِّ لِيَحْفَظَهُ [1] .

* * *

٢٣٣٥ - فالذي علم أن الأب متى كان متصفًا بفساد الرأي وسوء التدبير وضعت تصرفاته تحت قانون يضمن للولد النفع من نفس هذه التصرفات .

٢٣٣٦ - أما إذا كان الأب مبذرًا متلفًا مال ولده غير أمين على حفظه ، فليس له أن يتصرف فيه أصلًا ؛ بل ينزع القاضي المال من تحت يده ويسلمه إلى وصي يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغير بالنفع .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١) : « فإن كان الأب مبذرًا مسرفًا لا يؤمن على ذلك ، فالقاضي يخرج ذلك من يده ويجعله في يد أمين ويحفظ لهم ، فإذا بلغوا أسلم إليهم كذا في المحيط » .

(مادة ٤٢٥)

لِلأَبِ شِرَاءُ مَالِ وَلَدِهِ لِنَفْسِهِ ، وَبَيْعُ مَالِهِ لِوَلَدِهِ .

فَإِنِ اشْتَرَى مَالَ وَلَدِهِ ، فَلاَ يَبْرَأُ عَنِ الثَّمَنِ حَتَّى يُنَصِّبَ الْقَاضِي لِوَلَدِهِ وَصِيًا يَأْخُذُ الثَّمَنَ مِنْ أَبِيهِ ، ثُمَّ يَرُدُّهُ عَلَيْهِ ؛ لِيَحْفَظَهُ لِلصَّغِيرِ .

وَإِنْ بَاعَ مَالَ نَفْسِهِ لِوَلَدِهِ ، فَلا يَصِيرُ قَابِضًا لَهُ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ قَبْضِهِ حَقِيقَةً ، يَهْلَكُ عَلَى الأَبِ لا عَلَى الْوَلَدِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٣/٣ ، ١٧٤) : « يجوز بيع الأب من ابنه الصغير وشراؤه منه لنفسه استحسانًا وترجع الحقوق إلى الصبي ويقوم الأب مقامه فيها ، ولهذا لو بلغ ملك مطالبة الأب بالثمن ولو باع الأب من غيره فبلغ لا يملك المطالبة بنفسه كذا في محيط السرخسي ، واختلف المشايخ في أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول ؟ والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب لو قال : بعت هذا من ولدي فلان بكذا أو قال : اشتريت من مال ولدي هذا بكذا فإنه يتم العقد ، ولا يشترط أن يقول : بعت هذا من ولدي واشتريت ويجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه والجد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزلته ، كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٥٤/٣ ، ١٥٥) : « (وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة) التي يراها فيهما ، كأن يكون في الأول ربح وفي الثاني زيادة لائقة ، أو خاف عليه من نهب أو إغارة (وإذا باع نسيئة أشهد) على البيع وجوبًا (وارتهن به) أي بالثمن رهنًا وافيًا به ، ويشترط أن يكون المشتري مُوسِرًا ثقة والأجل قصيرًا عُرفًا احتياطًا للمحجور عليه ، فإن لم يفعل ذلك ضمن . قال السبكي : وبطل البيع على الأصح . قال : وقال الإمام : الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري مليئًا . ا هـ . والأوجه كلام السبكي ، ولا يجزئ فيه الكفيل عن الارتهان . نعم لا يلزم الأب والجد الارتهان من نفسهما له والدين عليهما بأن باعا ماله لأنفسهما نسيئة ؛ لأنهما أمينان في حقه ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة ؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما وفي وجوب إقامتهما البينة بالعدالة ليسجل لهما وجهان : أحدهما : الاكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح ، والثاني : نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم . وينبغي كما قال ابن العماد أن يكون هذا هو الأصح بخلاف ما مر ؛ لأن ذاك في جواز ترك الحكم لهما على الولاية ، وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما بخلاف الوصي والأمين ، فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدالتهما ، ويقبل قول المحجور عليه بعد الكمال أنهما باعا ماله ولو غير عقار بلا مصلحة فيلزمهما البَيِّنة ، بخلاف الأب والجد فلا يلزمهما البينة ، بل البينة عليه ؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما ولا يبيع الوصي مال الطفل أو المجنون لنفسه ولا مال نفسه له ، ولا يقتص له ولي ولو أبا ، ولا يعفو عن القصاص .

نعم له العفو على الأرش في حق المجنون الفقير ، بخلاف الصبي كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الجنايات ؛ لأن الصبا له غاية تنتظر بخلاف الجنون ، ولا يعتق رقيقه في غير الكفارة المرتبة ، ولا يكاتبه ، ولا يدبره ، =

= ولا يعلق عتقه بصفة ، ولا يطلق زوجته ولو بعوض لخبر « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه والدارقطني ، ولا يصرف ماله في المسابقة ، ولا يشتري له إلا من ثقة . قال ابن الرفعة : ولا يظهر جواز شراء الجواري للتجارة لغرر الهلاك ، وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ : (ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك ؛ لأنه مأمور بفعلها ، فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه ، ويحرم إذا كانت المصلحة في تركه ، فلو استوت المصلحة في الأخذ والترك فهل يحرم الأخذ أو يجب أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها في البحر تبعًا للماوردي ، والأول هو مقتضى كلام المصنف . وقال الإسنوي : هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة . وقال في المطلب هنا : والنص يفهمه ، والآية تشهد له : أي قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ فإنها دالة على المنع عند الاستواء لورودها بصيغة التفضيل ، ولو ترك الولي الأخذ مع الغبطة فيه ثم كمل المحجور عليه كان له الأخذ ؛ لأن ترك الولي حينئذٍ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معًا كما مر ، ولو أخذ الولي مع الغبطة ثم كمل المحجور عليه وأراد الرد لم يمكن منه كما صرح به في الروضة ، والقول قوله بيمينه في أن الولي ترك الأخذ مع الغبطة ، ويلزم لولي البينة إلا على أب أو جد قال : إني تركتها لغبطة فلا يقبل قوله عليه (ويزكي ماله) وجوبًا ؛ لأنه قائم مقامه ، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الزكاة (وينفق عليه بالمعروف) في طعام وكسوةٍ وغيرهما مما لا بد منه بما يليق به في إعساره ويساره ، فإن قتر أثم وإن أسرف أثم وضمن ويخرج عنه أرش الجناية وإن لم يطلب ذلك منه .

فإن قيل : الدين الحال لا يجب أداؤه إلا بعد الطلب كما مر في كتاب التفليس وأرش الجناية دَيْن . أجيب بأن ذلك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا ، وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكره الشيخان لسقوطها بمضي الزمان . قال الإسنوي : وما ذكراه من توقف نفقة القريب على الطلب لا يستقيم إذا كان المنفق عليه مجنونًا أو طفلًا أو زمنًا يعجز عن الإرسال ونحو ذلك ا هـ . وهو ظاهر ، نعم إن كان له ولي خاص ينبغي اعتبار طلبه ، وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه ولا أجرة للولي ولا نفقة في مال محجوره ، فإن كان فقيرًا وشغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقل من الأجرة والنفقة بالمعروف . قال تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ وكالأكل غيره من بقية المُؤن ، وإنما خص بالذكر ؛ لأنه أعم وجوه الانتفاع ، وله أن يستقل بالأخذ من غير مراجعة الحاكم ، ولو نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقته وكان كل منهم فقيرًا تممها من مال محجوره ؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى ، وإذا أخذ لفقره ثم أيسر لا يجب عليه رد البدل على الأظهر في زيادة الروضة ، هذا كله في الولي غير الحاكم . أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملي ، وللولي خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للارتفاق إذا كان للصبي فيه حظ .

قال تعالى : ﴿ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ﴾ وإلا امتنع . قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ويسن للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل لأخبار صحيحة وردت فيه ، ولا يجب على الولي أن يشتري لموليه إلا بعد استغنائه عن الشراء لنفسه ، فإن لم يستغن عنه قدم نفسه وإن تضجر الأب وإن علا فله الرفع إلى القاضي لينصب قيما بأجرة من مال محجوره ، وله أن ينصب غيره بها بنفسه » .

٢٣٣٧ – وقد علم أن الأب إن كان عدلًا أو مستور الحال جاز له بيع أموال ولده الصغير أو الكبير الملحق به وشراء ما يراه موافقًا له ، سواء كان البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير .

٢٣٣٨ – أما لو كان الأب فاسد الرأي سيئ التدبير فلا يجوز له كل من البيع والشراء إلا بالخيرية ، ولا يشترط في صحة كل من البيع والشراء أن يشتري الأب من غيره أو يبيع لغيره بل لو اشترى مال ولده لنفسه أو باع ماله لولده صح هذا العقد ؛ لأنهم وإن اشترطوا في العاقد التعدد إلا أنهم استثنوا من هذا الشرط مسائل :

٢٣٣٩ – منها : الأب ومنها الوصي المختار فإن لكل منهما أن يبيع ماله لليتيم وأن يشتري مال اليتيم لنفسه على التفصيل الذي يأتي لك في تصرفات الوصي .

٢٣٤٠ – ومنها : القاضي فإن له أن يتولى طرفي العقد بالنسبة ليتيمين له الولاية على أموالهما .

٢٣٤١ – ولكن في صورة شراء الأب مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى يرفع الأمر إلى القاضي فينصب وصيًا ليسلمه الأب الثمن ثم يستلمه منه ليكون من ضمن أموال ولده التي له عليها ولاية الحفظ والتصرف .

= **قول المالكية** : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٩/٣) : « قال ابن رشد تصرف الأب يحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه ، ومحل هذا الخلاف إذا باع الأب متاع ولده من نفسه ، وأما لو باعه لغيره فهو محمول على السداد والنظر اتفاقًا حتى يثبت خلافه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧٠/٥ ، ٧١) : « (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه) . يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره . ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي وزادوا الجد ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوز ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد ، فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ؛ ولأنه لا يجوز أن يكون موجبًا وقابلًا في عقدٍ واحد ، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه . ولنا ، أن هذا يلي بنفسه ، فجاز أن يتولى طرفي العقد ، كالأب يزوج ابنته عبده الصغير ، والسيد يزوج عبده أمته . ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه ، على ما سنذكره في موضعه ، فينزل منزلة الأجنبي ؛ ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية ، إذ من طبعه الشفقة عليه ، والميل له ، وترك حظ نفسه لحظه ، فلذلك جاز . وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه ؛ فإن التهمة غير منتفية في حقهم ، وأما تولي طرفي العقد ، فيجوز ، بدليل الأصل الذي ذكرناه . ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه ، بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجعلين أمرك إلي ، قالت : نعم . قال : قد تزوجتك . ولئن سلمنا فإن التهمة غير منتفية ثم » .

٢٣٤٢ - وإنما احتجنا إلى إقامة الوصي بالصورة المتقدمة ؛ لئلا يلزم عليه أن الأب يصير قاضيًا ومقتضيًا في آن واحد ولدفع التهمة عن الأب .

٢٣٤٣ - ويتم هذا العقد بمجرد قول الأب : بعت هذا لولدي ، أو: اشتريت ذلك الشيء من ولدي ؛ لأن عبارته المذكورة تقوم مقام الإيجاب والقبول وفي صورة ما إذا باع الأب ماله لولده لا يصير قابضا له بمجرد العقد ، بل لا بد من التمكن من قبضه .

٢٣٤٤ - ويتفرع على ذلك : أنه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الأب لا على ولده فإذا فرض أن الأب في مصر وله مال بطندتا (١) مثلًا وباعه لابنه ثم هلك بطندتا قبل أن يحضره لاستلامه بالنيابة عن ولده ، فإن هلاكه - والحالة هذه .

٢٣٤٥ - يكون على الأب فلو أحضره إلى مصر أو ذهب الأب إلى طندتا واستلمه كان حكمه كحكم باقي أموال ولده .

٢٣٤٦ - ويظهر أن الحكمة فيما ذكر منفعة الصغير بتقليل الأخطار التي تطرأ على ماله بقدر الإمكان .

(مادة ٤٢٦)

يَجُوزُ لِلأَبِ أَنْ يَرْهَنَ مَالَهُ مِنْ وَلَدِهِ ، وَأَنْ يَرْتَهِنَ مَالَ وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ .

وَلَهُ أَنْ يَرْهَنَ مَالَ وَلَدِهِ بِدَيْنِهِ أَوْ بِدَيْنِ نَفْسِهِ . وَإِذَا رَهَنَهُ بِدَيْنِ نَفْسِهِ فَهَلَكَ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ ، ضَمِنَ الأَبُ قَدْرَ الدَّيْنِ دُونَ الزِّيَادَةِ (٢) .

* * *

(١) طندتا : هي مدينة طنطا حاليًا .

(٢) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٤٣٢/٥) : « ارتهان مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه ، فإن هلك الرهن في يدي المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به فضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن ؛ لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن ، ولو أدرك الولد ، والرهن قائم عند المرتهن فليس له أن يسترده قبل قضاء القاضي ، ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده ، ولو قضى الولد دين أبيه وأفتك الرهن لم يكن متبرعًا ، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه ، وكذا حكم الوصي في جميع ما ذكرنا حكم الأب » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٤/٤) : « للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه » .

٢٣٤٧ – وعندما يشتري الأب شيئًا من مال ولده لنفسه أو يبيع من ماله شيئًا لولده إن دفع الأب ثمن ما اشتراه من ولده في الحالة الأولى أو أخذ من مال ولده ثمن ما باعه له فالأمر ظاهر .

٢٣٤٨ – وأما إذا لم يحصل ذلك بل أراد الأب أن يرهن شيئًا من ماله عند ولده بالثمن الذي عليه أو أراد أن يرتهن يعني يأخذ شيئًا من مال ولده رهنًا عنده بثمن ما باعه لولده وفعل ، صح ذلك الرهن والارتهان وإن كان الراهن والمرتهن في الصورتين واحدًا إذ هو الأب فهو مستثنى من قولهم : إن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن . أي : لا يكون راهنًا ومرتهنًا ، بخلاف الوصي فإنه مبقي على الأصل المذكور .

٢٣٤٩ – وإذا كان هذا العقد جائزًا فمن باب أولى يجوز إذا رهن مال ولده عند أجنبي بدين على الولد كما إذا استهلك ولده مالًا لغيره وليس عنده نقود يدفع للمالك البدل منها فإنه في هذه الحالة يجوز للأب أن يعطي الدائن شيئًا من أموال ولده ليكون رهنًا عنده حتى يأخذ بدل ما استهلكه ولده .

٢٣٥٠ – وإنما جاز هذا العقد بطريق الأولوية ؛ لأن العاقد تعدد وهو الأب والدائن بخلاف الأول .

٢٣٥١ – وكما يجوز للأب أن يرهن مال ولده بدين على الولد يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو ؛ لأن الأب يملك إيداعه عند غيره والرهن أنظر منه في حق الصبي ؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ؛ لأنه لو هلك يهلك مضمونًا عليه بخلاف الوديعة فإنها تهلك هلاك الأمانة .

٢٣٥٢ – ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجودًا عند المرتهن أمر الأب بسداد دينه وتخليص الرهن فإن هلك تحت يد المرتهن من غير تعدٍّ هلك بالأقل من الأمرين وهما القيمة والدين .

٢٣٥٣ – فإذا فرضنا أن الأب رهن شيئًا من أموال ولده قيمته خمسون جنيهًا وكان الديْن كذلك ، وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الديْن عن الأب ويلزمه دفع هذا المبلغ إلى ولده ؛ لأنه صار قاضيًا دَيْنه بمال الصغير فتلزمه قيمته ، ولو كان الديْن أكثر من خمسين جنيهًا سقط منه بقدر قيمة الرهن ؛ لأنها أقل من الديْن ويضمنها إلى ولده ويدفع الزائد إلى الدائن .

٢٣٥٤ – وإن كان الديْن أربعين جنيهًا فقط سقط كله بهلاك المرهون ؛ لأن الدين

أقل من القيمة في هذه الحالة .

٢٣٥٥ - ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدَّيْن إلى الراهن ؛ لأن الزائد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتعدي والموضوع أنه هلك من غير تعديه فلا يضمنه ، ويلزم الأب أن يعطي لولده قدر الدَّيْن لا الزيادة .

٢٣٥٦ - هذا إذا هلك الرهن من غير تعد من المرتهن فلو كان بتعديه ضمن قيمته بالغة ما بلغت . ويأتي لك زيادة إيضاح لشرح هذه المادة في شرح مادة (٤٦١) فانظره فإنه نفيس .

(مادة ٤٣٧)

لا يَمْلِكُ الأَبُ إِقْرَاضَ مَالِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَلا اقْتِرَاضَهُ ، وَلا هِبَةَ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَوْ بِعِوَضٍ . وَلَهُ إِعَارَتُهُ حَيْثُ لَمْ يُخْشَ الضَّيَاعُ وَلا التَّلَفُ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٧١١/٦) : « ولا يملك ، أي : الوصي - إقراض مال اليتيم ، فإن أقرض ضمن والقاضي يملكه ، والصحيح أن الأب كالوصي لا كالقاضي ، ولو أخذه الوصي قرضًا لنفسه لا يجوز ويكون دينًا عليه . وقال محمد : وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء لا بأس به » . وجاء في بدائع الصنائع (١١٨/٦ ، ١١٩) : « وأما ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع ؛ ولأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع ، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون ؛ لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضررًا محضًا لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ، ولأنه لا يقابله نفع دنيوي ، وقد قال الله عز شأنه : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضررًا محضًا وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من لا يرحم صغيرنا فليس منا » ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة . وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ﷺ : يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عِوض وعنده يجوز بشرط العوض ، والأصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عِوض ، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض . (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكًا بعوض وهذا تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك . (ولهما) أن الهبة بشرط العِوض تقع تبرعًا ابتداء ثم تصير بَيْعًا في الانتهاء بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض ، ولو وقعت بَيْعًا =

٢٣٥٧ - وبما أن تصرفات الأب في مال ولده منوطة بالمصلحة فإذا حضر إليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئًا من مال ولده على سبيل القرض الشرعي بأن يكون هذا الشيء من المثليات يستهلكه في حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له إعطاؤه شيئًا منه ، لأن فيه تعطيلا للأموال بدون استثمار والأب مأمور بتنمية أموال ولده بقدر الإمكان ، وكما أنه لا يجوز إقراضه لغيره ، فكذلك لا يجوز له أن يقترضه لنفسه لما ذكر والوصي كلأب .

٢٣٥٨ - وأما القاضي فيجوز له إقراضه لأنه قادر على تخليص مثله في أي وقت أراد ، ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة إليه مطلقا بل هو مقيد بما إذا لم يجد شيئًا يشتريه لليتيم بهذا المال يستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أي يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذي يتفقان عليه ، وهو ظاهر لأنه إذا لم يمكن استثمار المال بأي طريق .

٢٣٥٩ - فالأحسن إعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضمونًا عليه ويرده في الوقت المناسب وهو الوقت الذي يرى القاضي أخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملكه ، وإذا لم يجز للأب إقراض مال ولده فمن باب أولى لا تجوز له هبة شيء منه ، لأن الأول عقد معاوضة انتهاء بخلاف الهبة فإنها عقد تبرع وهذا ظاهر إذا كانت الهبة بغير عوض .

٢٣٦٠ - أما إذا كانت بعوض تساوي قيمته الشيء الموهوب أو أقل منها بيسير جاز

= من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض ؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعًا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بَيْعًا بعد ذلك » .

وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٩٩/٢ ، ٣٠٠) : « (سئل) في الوصي هل له إعارة مال اليتيم ؟ (الجواب) : نعم في الفصول العمادية وذكر في التجنيس عن النوازل أنه ليس للأب ذلك ، وفي الذخيرة للأب إعارة ولده الصغير أما إعارة ماله فعند البعض له ذلك استحسانًا وعند البعض ليس له ذلك وهو القياس ، وفي فوائد صاحب المحيط إنما يجوز له إعارة الولد إذا كان لخدمة الأستاذ لتعلم الحرفة ، أما لو كان لغير ذلك فلا يجوز ، وفي الحافظية لا يعير مال اليتيم ويودعه ومثله الأب ، والقاضي . ا هـ . وفي الخلاصة في تصرفات الوصي ، وفي أدب القاضي الوصي يودع مال اليتيم ويعير ويبضع . ا هـ .

(قلت) ينبغي أن يفصل بأنه إن كان المستعير ثقة أمينًا لا يخشى عليه من ضياع المال ولا تلفه ولا إنكاره فله ذلك وربما يتضمن ثوابًا كإعارة كتاب لعالم ينتفع به وينتفع الناس وكان العالم بالصفات المذكورة ، وإن كان غير ذلك فليس له ذلك ، والله تعالى أعلم » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٦٥٢/٦) : « الأب تجوز هبة مال ولده للثواب بخلاف الوصي ؛ لأن الهبة للثواب إذا فاتت بيد الموهوب إنما عليه قيمتها والوصي لا يبيع له بالقيمة » .

ذلك ؛ لأن الهبة في هذه الحالة عقد معاوضة كما هو ظاهر فتجوز على رأي .

٢٣٦١ - ولما كانت الوديعة والعارية ليستا كالقرض والهبة أجازوهما للأب ؛ لأن الوديعة هي تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها والعارية هي تمليك المنفعة بغير عِوض .

٢٣٦٢ - ولكن يشترط في جوازهما ألا يخشى ضياع المال ولا إتلافه عند المودع والمستعير ويظهر أن محل جواز إعارة الأب مال ولده إذا لم يجد من يملكه منفعة الشيء في مقابلة أجره ، فإن وجد فليس له إعارته كما قالوا في إقراض القاضي مال اليتيم .

(مادة ٤٢٨)

إِذَا كَانَ لِلصَّبِيِّ دَيْنٌ لَمْ يُبَاشِرْ أَبُوهُ عَقْدَهُ بِنَفْسِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْتَالَ بِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ أَمْلأَ مِنَ الْمُحِيلِ لا دُونَهُ وَلا مِثْلَهُ .

فَإِنْ كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ هُوَ الَّذِي بَاشَرَ عَقْدَ الدَّيْنِ بِنَفْسِهِ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْحَوَالَةَ عَلَى مَنْ هُوَ مِثْلُ الْمُحِيلِ أَوْ دُونَهُ فِي الْمَلاءَةِ ، وَالْوَصِيُّ فِي ذَلِكَ كَالأَبِ [1] .

* * *

٢٣٦٣ - وكما أنه يجوز للأب أن يبيع ويرهن ويؤجر مال ولده يجوز له أن يقبل نقل دينه من ذمة المدين إلى ذمة غيره ، ويكون ذلك بعقد الحوالة ، إذ الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة إلى ذمة أخرى .

٢٣٦٤ - فالشخص المدين يقال له محيل ، والدائن محال ومن التزم بدفع الدَّيْن محال عليه والدَّيْن محال به فإذا كان للولد دَيْن على شخص وأحال هذا المدين أبا الولد على شخص آخر ليأخذه منه وقبل الأب صحت هذه الحوالة وبرئت ذمة المحيل من الدَّيْن براءة مقيدة بسلامة هذا الدين ولكن على التفصيل الذي سيلقى عليك وبيانه :

٢٣٦٥ - إن الدين الذي يكون للولد إما ألا يباشر أبوه عقده بنفسه أو يباشره .

٢٣٦٦ - فإن كان الأول كما إذا باعت أم الولد شيئًا من أموالها لشخص بمائة جنيه مثلًا ولم تقبض الثمن حتى توفيت وورث ولدها هذا الدَّيْن صحت حوالة الأب متى

(١) **قول الحنفية** : جاء في الفتاوى الهندية (٣/٢٩٦) : « ويجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب ، والوصي على أملأ من الأول ، وإن كان مثله في الملاءة اختلفوا على قولين كذا في البحر الرائق ناقلًا عن المحيط » .

كان المحال عليه أغنى من المحيل ؛ لأنه في فائدة الولد .

٢٣٦٧ – فلو كان أقل منه في الثروة أو مثله فلا تصح فيطالب المحيل بهذا الدين وليس له أن يحتج بهذا العقد لأنه غير صحيح .

٢٣٦٨ – وهذا ظاهر فيما إذا كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل ؛ لأنه إن صح ذلك فربما يعود على الولد بالضرر مع أن تصرفات الأب فى أموال ولده منوطة بالمصلحة .

٢٣٦٩ – وأما إذا كان المحال عليه مثل المحيل في الثروة فقالوا : إن العقد غير صحيح لعدم الفائدة ، وهذا المقام قابل للبحث إذ ربما يقال : إن المحال عليه وإن كان مثل المحيل في الثروة أو دونه إلا أنه قد لا يماطل في دفع الحق فتأمل .

٢٣٧٠ – وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الأب باشر عقد هذا الدَّيْن كما إذا باع شيئًا من أموال ولده لشخص ولم يقبض منه ثمنه فأحاله على غيره فإن هذه الحوالة تصح إذا قبل الأب .

٢٣٧١ – ولو كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل ؛ لأنه لو باع هذا الشيء للمحال عليه من أول الأمر لجاز ذلك .

٢٣٧٢ – ويظهر أن صحة الحوالة في هذه الحالة مقيدة بما إذا كان المحال عليه قادرًا على دفع الدَّيْن ، وإلا كان معرضا الأموال إلى الضياع وهو لا يجوز ، وكل ما تقدم من أحكام هذا العقد بالنسبة إلى الأب يقال بالنسبة إلى الوصي .

(مادة ٤٢٩)

إِذَا اشْتَرَى الأَبُ لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ شَيْئًا مِمَّا هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . وَإِنِ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا مِمَّا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَقَصَدَ بذلك الرُّجُوعَ ، رَجَعَ إِنْ أَشْهَدَ .

* * *

٢٣٧٣ – ومتى كان للولد مال فلا يلزم أبوه بشيء من لوازمه ؛ بل كل ذلك يكون من ماله أما إذا لم يكن له مال فجميع لوازمه على الأب .

٢٣٧٤ – فإذا اشترى له شيئًا في هذه الحالة ودفع الثمن من ماله وبعد ذلك صار الولد ذا مال فأراد أبوه أن يأخذ منه ثمن ما اشتراه له ففي المقام تفصيل ؛ لأن الشيء الذي اشتراه له إما أن يكون واجبًا عليه كالطعام والكسوة وأجرة التعليم ، وإما أن يكون

غير واجب كعشرة أفدنة مثلًا .

٢٣٧٥ - فإن كان الأول فلا رجوع له ولو أشهد أنه اشتراه ليرجع بثمنه إذا أيسر ولده ؛ لأنه قضى شيئًا واجبًا عليه فلا يستحق أخذ بدله كالمدين إذا دفع ما عليه .

٢٣٧٦ - وإن كان الثاني فلا يثبت له هذا الحق إلا إذا قصد الرجوع وأشهد عليه ؛ لأن الغالب من شفقة الوالد تمليك أولاده شيئًا للبر والصلة لا للرجوع فلو انتفى هذا بالإشهاد ثبت له الحق .

٢٣٧٧ - والوصي في ذلك كالأب على رأي بعضهم . وقد أتينا بجميع الآراء في هذا الموضوع ذاكرين المعول عليه في شرح مادة (٤٦٧) فراجعه .

(مادة ٤٣٠)

إِذَا مَاتَ الأَبُ مُجَهِّلًا مَالَ وَلَدِهِ ، فَلا يَضْمَنُ مِنْهُ شَيْئًا .

وَإِنْ مَاتَ غَيْرَ مُجَهِّلٍ مَالَهُ ، وَكَانَ الْمَالُ مَوْجُودًا ، فَلَهُ بَعْدَ رُشْدِهِ ، أَوْ لِوَلِيِّهِ أَخْذُهُ بِعَيْنِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا ، أُخِذَ بَدَلُهُ مِنْ تَرِكَتِهِ [1] .

---

(١) **قول الحنفية** : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/٢٩٨) : « (سئل) في الوصي إذا مات مجهلًا مال اليتيم فهل لا ضمان عليه في تركته ؟

(الجواب) : نعم ولا يضمن الوصي بموته مجهلًا ، ولو خلطه بماله ضمن خيرية من الوصايا ، وأفتى بمثله أيضًا في الوديعة وعزاه لفوائد صاحب المحيط فارجع إلى ما أفتى به في الموضعين فإن فيهما فوائد .

(سئل) في الأب إذا مات مجهلًا مال أولاده الصغار فهل لا ضمان عليه في تركته ؟

(الجواب) : نعم كما في الخيرية من الوديعة » .

وجاء في الدر المختار (٥/٦٦٦) : « (ومنه) أي من المنع ظلمًا (موته) أي موت المودع (مجهلًا فإنه يضمن) فتصير دَيْنًا في تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ، ولو قال الوارث : أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسرها ، وقال : هي كذا وأنا علمتها وهلكت صدق وهذا وما لو كانت عنده سواء إلا في مسألة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن ، والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما في سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا في) عشر على ما في الأشباه » .

وجاء في حاشيته رد المحتار : « الوصي إذا مات مجهلًا فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين ، والأب إذا مات مجهلًا مال ابنه ، والوارث إذا مات مجهلًا ما أودع عند مورثه ، وإذا مات مجهلًا لما ألقته الريح في بيته أو لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه ، وإذا مات الصبي مجهلًا لما أودع عنده محجور » .

٢٣٧٨ - والأب ما دام موجودًا فأموال ولده تحت تصرفه إذا لم يكن هناك موجب لنزعها منه وتسليمها لغيره . أما إذا مات فتسلم إلى من يليه في الولاية على المال وهو وصيه إن أقام وصيا وإلا فالجد الصحيح إن كان موجودًا ، فإن لم يكن فالقاضي ووصيه .

٢٣٧٩ - ثم الأب إما أن يبين أموال ولده قبل وفاته أو يموت مجهلًا لها .

٢٣٨٠ - فإن كان الأول بأن بين كل ما يستحقه ولده عنده من نقود وغيرها ، فإما أن توجد كل الأشياء أو لا فإن وجدت استلمها ولي الصغير بعينها ليسلمها للصغير بعد بلوغ رشده ، وإن لم توجد أخذ بدلها من تركته قبل القسمة على الورثة .

٢٣٨١ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا جهلها فالأشياء التي توجد وهي معروفة أنها للصغير يستحقها والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركة الأب .

٢٣٨٢ - ولينظر هذا مع قولهم أن الأب أمين بالنسبة لمال ولده ، والأمين يضمن بموته مجهلًا الأمانة ؛ كما إذا أودع شخص عند غيره شيئًا ومات المودع غير مبين الوديعة ولم توجد في تركته أو استأجر شخص من آخر شيئًا أو استعار ومات كُلًّا منهما مجهلًا المستأجر والمستعار ولم يوجدا في أمواله ، فإن هذه الأشياء تكون مضمونة في تركه المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة ؛ لأن قضاء الدَّيْن مقدم على استحقاق الورثة .

٢٣٨٣ - اللَّهم إلا أن يجاب بأن الأب وإن اشترك مع من ذكروا في أن كلًّا أمين ، ولكن هناك فرق بينه وبينهم ، وهو أن الأب له ولاية التصرف في أموال الصغير بخلاف من ذكر فيحمل على أنه تصرف في الأشياء التي لم توجد ، وضاع الثمن أو اتجر وخسر في التجارة مثلا ، ولم أر من قال بضمانه في هذه الحالة .

(مادة ٤٣١)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ ، وَطَلَبَ مَالَهُ مِنْ أَبِيهِ ، فَادَّعَى أَبُوهُ ضَيَاعَهُ أَوْ إِنْفَاقَهُ عَلَيْهِ نَفَقَةَ الْمِثْلِ فِي مُدَّةِ صِغَرِهِ ، وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ ، يُصَدَّقُ الأَبُ بِيَمِينِهِ .

٢٣٨٤ - وبما أن أموال الأولاد تحت يد الأب فهو الذي يتصرف فيها بما يراه صالحًا لهم إلى أن يَبلغوا رُشدهم .

٢٣٨٥ – فإذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سُلمت إليهم الأموال ؛ لأن المانع قد زال ولكن لما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج إلى المحاسبة عليها ليستلموها على ما هي عليه الآن ، بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة ؛ لأنه قائم مقامهم .

٢٣٨٦ – وكل شيء يدعيه الأب حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدقوه ؛ لأن الأموال مِلكهم فلهم أن يقروا على ما يدعيه .

٢٣٨٧ – وإن نازعوه فيما يدعيه بأن قال : صرفت عليهم في مدة صغرهم خمسمائة جنيه (مثلًا) .

٢٣٨٨ – وعارضوه في ذلك فإن كان الظاهر لا يكذبه بأن كانت المدة تحتمل صرف هذا المبلغ صدق قوله بيمينه ، وإن كان الظاهر يكذبه ، كما إذا كان المبلغ الذي يدعي صرفه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة فإن ادعى سببًا مقبولًا كأن قال : اشتريت لهم طعامًا فسرق ، أو كسوة فاحترقت ، فاشتريت لهم بدل ما ذكر . صدق أيضًا إن لم يدع تكرار ذلك مرارًا .

٢٣٨٩ – أما إذا لم يبين سببًا مقبولًا فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقي ، ومثل هذا لو ادعى ضياعه فإنه يصدق بيمينه ويظهر أن هذا لا بد أن يكون بعد تحري القاضي .

(مادة ٤٣٢)

يَمْلِكُ الأَبُ لا الأُمُّ وَلا غَيْرُهَا مِنْ سَائِرِ الأَقَارِبِ وَلا الْقَاضِي بَيْعَ عُرُوضِ ابْنِهِ الْكَبِيرِ الْغَائِبِ لا عَقَارَهُ ، وَلَهُ بَيْعُ عُرُوضِ وَعَقَارِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الْغَائِبِ وَغَيْرِ الْمُكَلَّفِ ، لِنَفَقَتِهِ وَنَفَقَةِ أُمِّهِ وَزَوْجَتِهِ وَأَطْفَالِهِ .

وَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَبِيعَ مَالَ وَلَدِهِ الْغَائِبِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا فِي دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ، سِوَى النَّفَقَةِ ، وَلا يَبِيعَ أَكْثَرَ مِنْ مِقْدَارِ النَّفَقَةِ .

* * *

٢٣٩٠ – وكما أن الأب يملك بيع مال ولده الصغير والكبير الملحق به لإتمائه، سواء كان عقارًا أو منقولًا يجوز له بيعه متى كان هناك احتياج للنفقة ، سواء كان المحتاج هو

الأب أو أم الصغير أو زوجة الأب أو الصغير أو أطفال الأب لما له من الولاية .

٢٣٩١ - ويظهر أن الجد متى ثبتت له الولاية ملك ما ملكه الأب ، ولكن لا يبيع كُلًّا منهما منه إلا بمقدار النفقة ويتجدد هذا الحق كلما تجدد الاحتياج ، وأما غيرهما من الأقارب كالأم والأخ والعم فليس لهم ذلك ؛ لأنه لا ولاية لهم على المال ، وهذا إذا كان الابن صغيرًا أو كبيرًا ملحقًا به كما سبق .

٢٣٩٢ - فإن كان كبيرًا عاقلًا فإما أن يكون حاضرًا أو غائبًا .

٢٣٩٣ - فإن كان الأول فلا يملكان بيع ماله ؛ لأن ولاية التصرف له فهو الذي يبيع وينفق عليهم .

٢٣٩٤ - وإن كان الثاني ، قال الإمام الأعظم : يملك الأب بيع العروض للنفقة لا العقار . وقال الصاحبان : لا يملك بيع شيءٍ من ماله ؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ الولد رشيدًا إلا فيما يبيعه تحصينًا كالوصي ، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا يملك بيعه في دَيْن له عليه سِوى النفقة فصار كالأم وغيرها من مستحقي النفقة .

٢٣٩٥ - واستدل أبو حنيفة : بأن للأب ولاية الحفظ في مال ولده الغائب كالوصي بل أولى ؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ألا يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التلف ثم إذ باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الأقارب ؛ لأنه ليس لهم ولاية الحفظ في ماله وبخلاف حال حضرته ؛ لأن ولاية الحفظ له لا للأب لقدرته عليه .

٢٣٩٦ - واتفق الكل على أن الأب لو كان له دَيْن سِوى النفقة على ولده الغائب لم يجز له بيع ماله ليستوفي هذا الدين من ثمنه ؛ لأن دَيْن النفقة ليس كباقي الديون إذ يترتب على عدمها الهلاك ، ولذا نصوا على أنه لا يحبس والد وإن علا في دَيْن عليه لفرعه إلا إذا كان دَيْن نفقة .

(مادة ٤٣٣)

إِذَا مَاتَ الأَبُ ، فَالْوِلايَةُ مِنْ بَعْدِهِ عَلَى نَفْسِ أَوْلادِهِ لِلْجَدِّ ، وَعِنْدَ فَقْدِهِ لِلأَوْلِيَاءِ الْمَذْكُورِينَ فِي مَادَّةِ (٣٥) .

وَالْوِلايَةُ فِي مَالِهِمْ مِنْ بَعْدِهِ لِلْوَصِيِّ الَّذِي اخْتَارَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَرِيبًا لَهُ ، ثُمَّ إِلَى وَصِيِّ وَصِيِّهِ .

فَإِنْ مَاتَ الأَبُ وَلَمْ يُوصِ ، فَالْوِلايَةُ فِي مَالِ الصِّغَارِ وَالْكِبَارِ الْمُلْحَقِينَ بِهِمْ إِلَى الْجَدِّ الصَّحِيحِ ، ثُمَّ لِوَصِيِّهِ ، ثُمَّ لِوَصِيِّ وَصِيِّهِ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْجَدُّ وَلا وَصِيُّهُ ، فَالْوِلايَةُ لِلْقَاضِي الْعَامِّ .

* * *

٢٣٩٧ - والولاية تنقسم إلى قسمين : ولاية على النفس ، وولاية على المال .

٢٣٩٨ - أما الأولى فتثبت أولًا للبنوة ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ؛ فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالأب والجد الصحيح قدم الأقرب .

٢٣٩٩ - فإن اتحد شخصان في الجهة والدرجة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب ، قدم الأقوى وهو الشقيق .

٢٤٠٠ - فإن اتحد شخصان في الجهة والدرجة والقوة كابنين ، أو أخوين شقيقين ثبتت الولاية لكل منهما ، وقد تقدم هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٣٥) وما بعدها فراجعه .

٢٤٠١ - وأما الثانية فهي المقصودة هنا وهي تثبيت لستة على هذا الترتيب : الأب ووصيه وإن بعد ، والجد الصحيح ووصيه وإن بعد أيضًا ، والقاضي ووصيه .

٢٤٠٢ - فمتى كان الأب موجودًا وكان أهلًا للولاية ، فهو أحق بالولاية على أموال ولده لوفور شفقته وأصالة رأيه .

٢٤٠٣ - فإذا مات الأب وأقام وصيًّا مستوفيًا للشروط ، سواء كان قريبًا للأب ، أو غير قريب له فهو الذي يتصرف ولا يزاحمه غيره ، ولو كان ذلك الغير جدًّا للأولاد .

٢٤٠٤ - فإذا لم يوص الأب إلى أحد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشئون التركة ، فالولاية له .

٢٤٠٥ - فإن لم يكن له أب انتقلت الولاية إلى القاضي إن شاء تصرف بنفسه ، وإن شاء أقام وصيًا ، وهذا هو الجاري ؛ لأن القاضي لا يمكنه أن يتولى إدارة جميع أموال الأيتام .

٢٤٠٦ - وقال الإمام الشافعي : الجد أحق من وصي الأب ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب عند عدمه ولهذا أحرز ميراثه فيقدم على وصيه .

٢٤٠٧ - ولنا : أن ولاية الأب تنتقل إلى وصيه بالايصاء ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ؛ ولأن اختيار الأب الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الجَد .

فهرس المجلد الثاني

رقم الإيداع

2005/18729

I . S . B . N

977 - 342 - 325 - 5